ملاحظة:

* ترتيب الصفحات يكون حسب الكتاب المطبوع في دار العلوم بيروت لبنان عام ١٤٠٩ هـ.

* جعلت العناوين المضافة بين قوسين (( )) هكذا.

الفقه

الجزء التاسع والسبعون

الطبعة الثانية

١٤٠٩ هـ ـــ ١٩٨٨م

دار العلوم ـــ طباعة. نشر. توزيع.

العنوان: حارة حريك، بئر العبد، مقابل البنك اللبناني الفرنسي

الفقه

موسوعة استدلالية في الفقه الإسلامي

آية الله العظمى

السيد محمد الحسيني الشيرازي

دام ظله

كتاب الشفعة

دار العلوم

بيروت لبنان

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف خلقه سيدنا محمد وعلى آله الطيبين الطاهرين، واللعنة الدائمة على أعدائهم إلى قيام يوم الدين.

والأغلب أن يكون على أسلوب الشرائع.

((تعريف الشفعة))

وهي كما في المسالك: (مأخوذة من قولك: شفعت كذا بكذا، إذا جعلته شفعاً به، كأن الشفيع يجعل نصيبه شفعاً بنصيب صاحبه. ويقال: أصل الكلمة التقوية والإعانة، ومنه الشفاعة والشفيع، لأن كل واحد من الوترين يتقوى بالآخر، ومنه شاة شافع التي معها ولدها لتقويها به) [1].

و لم يعلم وجه لإشكال الجواهر عليه بقوله: (وفيه ما لا يخفى)، لأنه هو الظاهر من الكلمة عرفاً، فتعريف التنقيح لها بقوله: (هي مأخوذة من الزيادة، لأن سهم الشريك يزيد بما يضم إليه، فكأنه وتر فصار شفعاً)، وما عن بعض الكتب من أنها اختلف في مأخذها لغةً هل هي مشتقة من الشفع بمعنى الضم أو الزيادة أو التقوية أو من الشفاعة أقوال متقاربة، غير ظاهرالوجه.

بل الزيادة والتقوية والشفاعة أيضاً مأخوذة من المعنى السابق، فإن الشفع مقابل الوتر، والشفيع عبارة عن الإنسان الذي ينضم إلى إنسان آخر، وبذلك يتقوى فيخلص من المشكلة.

والإشكال في الشفاعة بأنه إن كان بدون استحقاق فهو ظلم، وإن كان مع الاستحقاق فلا وجه لاتخاذ الشفيع، وإنما

(١) مسالك الأفهام: ج١٢ ص٢٥٩.

كان الأول ظلماً، لأنه إعطاء غير المستحق شيئاً، فيه: إنه استحقاق بمعنى الأعم أي استحقاق بضميمة لا استحقاق في الجملة، فإن كون الإنسان في دين النبي (صلى الله عليه وآله) موقراً له ومعظماً لله سبحانه وتعالى يقتضي أنه إذا حدث له مشكلة دنيوية أو أخروية تنضم عناية الله سبحانه وتعالى، أو وساطة الرسول (صلى الله عليه وآله) معه في نجاته من المشكلة، ولذا ورد: ﴿قل لله الشفاعة جميعاً﴾[1].

وكيف كان، فقد سبق المسالك التذكرة وجامع المقاصد في الكلام المذكور.

وفي الجواهر: (إنما ذكر الشفعة المصنف وغيره متصلاً بكتاب الغصب، تنبيهاً على أن ذلك كالمستثنى من حرمة أخذ مال الغير قهراً، للسنة المتواترة التي سيمر عليك جملة منها في تضاعيف الكتاب والإجماع بقسميه عليه، بل هو من المسلمين، وما يحكى عن جابر بن زيد والأصم من إنكار الشفعة على فرض صحة الحكاية من الشواذ المعلوم بطلانه، خصوصاً بعد الطعن في عقيدة جابر منهما بالخروج)[2] انتهى.

وقد ورد في متواتر الروايات لفظ (الشفعة)، مثل ما عن أبي العباس البقباق، قال: سمعت أبا عبد الله (عليه السلام) يقول: «الشفعة لا تكون لشريك»[3].

وعن عبد الرحمن بن أبي عبد الله، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال: سمعته يقول: «الشفعة لا تكون إلاّ لشريك»[4].

وعن هارون بن حمزة الغنوي، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال: سألته عن الشفعة

---

(١) سورة الزمر: الآية ٤٤.

(٢) جواهر الكلام: ج٣٧ ص٢٣٧.

(٣) الوسائل: ج١٧ ص٣١٥ الباب ١ من الشفعة ح١.

(٤) الوسائل: ج١٧ ص٣١٥ الباب ١ من الشفعة ح٢.

في الدور، أشيء واجب للشريك ويعرض على الجار فهو أحق بها من غيره، فقال: «الشفعة في البيوع إذا كان شريكاً فهو أحق بها بالثمن»[1].

وقد ورد عن رسول الله (صلى الله عليه وآله) بهذه اللفظة.

ففي غوالي اللئالي، عن النبي (صلى الله عليه وآله) قال: «الشفعة في كل مشترك ربع أو حائط، فلا يحل له أن يبيعه حتى يعرضه على شريكه، فإن باعه فشريكه أحق به»[2].

إلى غيرها من الروايات التي تأتي جملة أخرى منها في تضاعيف الكتاب، إن شاء الله تعالى.

وكأنها وضعت إرفاقاً للشريك حتى لا يدخل عليه من لا يأنس به أو من لا يريده، ويمكن أن يتخلص منها مريد البيع بأن يهب الحصة لمن يريد، ثم المتهب يهب مقداراً من المال للواهب، لوضوح أنه لا شفعة في الهبة، وليس هذا انحرافاً وخرقاً للقانون أو تحايلاً عليه، وإنما لكل من الشفعة والهبة أحكام خاصة لا تترتب على الأخرى، كما في سائر موارد الخروج من حكم إلى حكم لتبدل الموضوع إلى آخر، وقد ذكرنا تفصيل ذلك في بعض الكتب الفقهية.

وكيف كان، فقد ذكر في الشرائع: (إن الشفعة هي استحقاق أحد الشريكين حصة شريكه بسبب انتقالها بالبيع).

وفي مفتاح الكرامة: (وأول من عرفها فيما أجد أبو الصلاح صاحب الغنية، قال في الغنية: الشفعة في الشرع عبارة عن استحقاق الشريك المخصوص على المشتري تسليم المبيع بمثل ما بذل فيه أو قيمته، وتبعه على ذلك صاحب السرائر حرفاً فحرفاً، واقتفاهما المتأخرون فعرفها الرجل الواحد في كل كتاب بما حصل في نظره أنه يحصل التمييز به) انتهى.

---

(١) الوسائل: ج١٧ ص٣١٦ الباب ٢ من الشفعة ح١.

(٢) غوالي اللئالي: ج٣ ص٤٧٥.

كما أن القواعد عرفه بقوله: (هي استحقاق الشريك انتزاع حصة شريكه المنتقلة عنه بالبيع).

وقد أكثر جملة من الفقهاء الإشكال على التعاريف المذكورة في كلماتهم بالنقض طرداً وعكساً، لكن الكلام فيها قليل الفائدة، كما أشار إليه مفتاح الكرامة، وتبعه الجواهر بقوله: (ضرورة معلومية كون المراد منها التمييز في الجملة لترتب الأحكام عليه، وإلا فتمامه يعلم بالإحاطة بالأدلة التي ستعرفها إن شاء الله، وليس المراد منها التحديد الحقيقي، ولا أن ذلك للاختلاف بينهم في معنى شرعي لها) [1].

وكذلك قال صاحب الكفاية في كفايته.

((الشفعة وقانون الإلزام))

ثم إن الكفار إن اعتقدوا بالشفعة وراجعونا، علينا القضاء حسب عقيدتهم من باب قاعدة الإلزام[2]، وإن لم يعتقدوا بالشفعة لم يكن بينهما شفعة.

ولا يخفى أن ما التزموا به أعم من القانون والدين، لوضوح أن في دين موسى وعيسى (عليهما السلام) تقل عندهم الأحكام قلة ظاهرة، ولهذا فهم من القديم حتى في زمن رسول الله (صلى الله عليه وآله) كانوا يعملون بالقوانين الموضوعة من عند كبرائهم، ويؤيده أن الخمر والخنزير محرمان في دينهما (عليهما السلام)، ومع ذلك رتب الإسلام أحكام الحلية بالنسبة إليهم، وكذلك نكاح المحارم في دين المجوس، إلى غير ذلك من المؤيدات.

أما إذا اعتقد أحد الأطراف الثلاثة من الشريكين والمشتري بالشفعة، ولم يعتقد الآخر، فالأصل العدم إلاّ فيما إذا كان المشتري والشريك يعتقدان بها حيث إنهما بحسب اعتقادهما تنتقل الحصة إلى الشريك بأخذه الشفعة.

---

(١) جواهر الكلام: ج٣٧ ص٢٣٨ ــ ٢٣٩.

(٢) انظر الوسائل: ج١٧ ص٤٨٤ الباب ٤ من ميراث الأخوة.

أما البائع فلا شأن له بعد البيع حتى يكون عدم نظره بالشفعة موثراً في العدم.

ومما ذكر في الكافر يعلم الحكم المخالف، وكذلك حال المنافق، لأنه ملتزم بالاسم، وتجري عليه الأحكام.

أما المختلفون تقليداً، فاللازم أن يراجعوا مرجعاً، فما قضى فيه فهو ثابت عليهم، كما ذكرناه في كتابَي: القضاء والإرث، وغيرهما.

((**الأراضي وحق الشفعة**))

(**مسألة ١**): قال في الشرائع: (تثبت ــ الشفعة ــ في الأرضين، كالمساكن والعراص والبساتين إجماعاً، وهل تثبت فيما ينقل كالثياب والآلات والسفن والحيوان، قيل: نعم، دفعاً لكلفة القسمة، واستناداً إلى رواية يونس، عن بعض رجاله، عن أبي عبد الله (عليه السلام)[1]، وقيل: لا، اقتصاراً في التسلط على مال المسلم بموضع الإجماع، واستضعافاً للرواية المشار إليها وهو أشبه).

أقول: أما ثبوت الشفعة في العقار كالمساكن والعراص والبساتين والدكاكين وأراضي الأرحية وما أشبه، ففي مفتاح الكرامة:

(استفاض نقل الإجماع عليه، حكاه الشيخ في الخلاف والمحقق في الشرائع، والنافع في موضعين من كل منهما، وتلميذه في كشف الرموز، والمصنف في التذكره، والشهيد في غاية المراد، وصاحب جامع المقاصد، والشهيد الثاني في المسالك، والمقدس الأردبيلي في مجمع البرهان. وفي التذكرة أيضاً: إنه لا خلاف فيه إلاّ من الأصم)[2].

((**الشفعة في كل مبيع**))

وأما أنه تثبت في كل مبيع، ففيه أقوال: أشهرها اثنان:

الأول: إنه ثابت في كل مبيع منقول أو غيره، وهو صريح المقنعة والنهاية والاستبصار والانتصار والكافي والمهذب والغنية والسرائر. وقيل: إنه خيرة الصدوق في المقنع ووالده في رسالته، وهو المحكي عن أبي علي، ونفى عنه البعد في الدروس، وفي المهذب إنه أظهر في المذهب، وفي السرائر إنه أظهر أقوال أصحابنا، وإنه مذهب السيد وغيره من المشيخة.

---

(١) الوسائل: ج١٧ ص٣٢١ الباب ٧ من الشفعة ح٢.

(٢) مفتاح الكرامة: ج١٨ ص٤٠٠ ط الحديثة.

وقد حكى شيخنا في الرياض عنها دعوى الإجماع، وجعله من سنخ إجماع الانتصار، وفي المسالك والكفاية والمفاتيح والرياض إنه مذهب أكثر المتقدمين وجماعة من المتأخرين، وفي الانتصار الإجماع عليه وأنه من متفرداتنا وأن الأخبار به كثيرة.

وأما القول بعدم ثبوتها في المنقولات، فهو خيرة الخلاف والمبسوط ومجمع البيان وفقه الراوندي والشرائع والنافع وكشف الرموز والتذكرة والتحرير والإرشاد والتبصرة والمختلف والإيضاح واللعمة والمقتصر وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان.

وحكاه في المختلف عن والده وابن حمزة، وهو الظاهر من الوسيلة والمراسم، ويقتضيه كلام الحسن ابن أبي عقيل، وقد قال به أو مال إليه في غاية المراد، ونفى عنه البعد في الكفاية، وهو مذهب أكثر أصحابنا كما في الخلاف، وأكثر المتأخرين كما في المسالك والكفاية، والأشهر كما في المهذب البارع، والمشهور كما في التذكرة وجامع المقاصد، وبين المتأخرين كما في مجمع البرهان، وعليه المتأخرون كما في الدروس، وهو الظاهر من رواياتهم كما في الخلاف، وأخباره أشهر كما في التذكرة، وقد نسبه في الدروس إلى ظاهر المبسوط) انتهى.

وعن المقدس الأردبيلي: (إن الأدلة من العقل والنقل كتاباً وسنةً وإجماعاً دلت على عدم الجواز فيما ينقل وما لا ينقل، خرج ما لا ينقل مطلقاً بالإجماع، وبقي الباقي تحت المنع بالدليل القوي المفيد لليقين) انتهى.

ويظهر من الجواهر وغيره وجود هذا الاختلاف بين القولين عند العامة أيضاً، فلا يمكن رمي طائفة من الروايات في أحد الطرفين بالتقية.

والحاصل: إن في المسألة قولين مشهورين، ومستندهما طائفتان من الروايات

لا يمكن استضعاف سند طائفة أو تضعيف دلالتها أو رميها بالخلل في جهة الصدور، كما أن كلتا الطائفتين مشهورة، فلا يمكن تقديم بعضها على بعض بالشهرة، وإنما يبقى التعارض بما يوجب الرجوع إلى عمومات الأدلة كما ذكره الأردبيلي.

((روايات الشفعة في كل شيء))

أما روايات الثبوت فهي ما رواه المشايخ الثلاثه، عن يونس، عن الصادق (عليه السلام)، عن الشفعة لمن هي، وفي أي شيء هي، ولمن تصلح، وهل يكون في الحيوان شفعة، وكيف هي، فقال (عليه السلام): «الشفعة جائزة» (وفي الفقيه: واجبة) «في كل شيء من حيوان أو أرض أو متاع إذا كان الشيء بين شريكين لا غيرهما فباع أحدهما نصيبه فشريكه أحق به من غيره، وإن زاد على اثنين فلا شفعة لأحد منهم»[1].

وعن الفقيه، بإسناده عن أحمد بن محمد بن أبي نصر، عن عبد الله بن سنان، أنه سأله عن مملوك بين شركاء أراد أحدهم بيع نصيبه، قال: «يبيعه»، قلت: فإنهما كانا اثنين فأراد أحدهما بيع نصيبه فلما أقدم على البيع قال له الشريك: أعطني، قال: «هو أحق به»، ثم قال (عليه السلام): «لا شفعة في الحيوان إلاّ أن يكون الشريك فيه واحداً»[2].

وصحيح ابن سنان، قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): المملوك يكون بين شركاء فباع أحدهم نصيبه، فقال أحدهم: أنا أحق، أله ذلك، قال: «نعم إذا كان واحداً»[3].

---

(١) الوسائل: ج١٧ ص٣٢١ الباب ٧ ح٣.

(٢) الوسائل: ج١٧ ص٣٢٢ الباب ٧ ح٧.

(٣) الوسائل: ج١٧ ص٣٢١ الباب ٧ ح٤.

وصحيح الحلبي في التهذيب، وحسنه كالصحيح في الكافي، عن أبي عبد الله (عليه السلام) أيضاً، إنه قال في المملوك بين شركاء يبيع أحدهم نصيبه، فيقول صاحبه: أنا أحق به، أله ذلك، قال: «نعم إذا كان واحداً»، قيل له: في الحيوان شفعة، قال: «لا»[1].

وهذه الرواية تدل على التفصيل في المنقول، فلا دلالة فيها على وجود الشفعة في المنقول مطلقاً.

وفي الرضوي (عليه السلام): «روي أن الشفعة واجبة في كل شيء من الحيوان والعقار والدقيق»[2].

((روايات الشفعة في خصوص العقار))

أما روايات القول بعدم الثبوت إلاّ في العقار، فهي رواية الغنوي، عن الصادق (عليه السلام)، سألته عن الشفعة في الدور أشيء واجب للشريك يعرض على الجار وهو أحق بها من غيره، فقال (عليه السلام): «الشفعة في البيوع إذا كان شريكاً فهو أحق بها من غيره بالثمن»[3].

وخبر عقبة بن خالد، عن أبي عبد الله (عليه السلام): «قضى رسول الله (صلى الله عليه وآله) بالشفعة بين الشركاء في الأرض والمساكن، وقال: لا ضرر ولا ضرار، وقال: إذا أُرّفت الأُرَف وحددت الحدود فلا شفعة»[4].

وخبر السكوني، عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: قال رسول الله (صلى الله عليه وآله): «لا شفعة في سفينة ولا في نهر ولا في طريق ولا في رحى ولا في حمام»[5].

---

(١) الوسائل: ج١٧ ص٣٢١ الباب ٧ من الشفعة ح٣.

(٢) المستدرك: ج٣ ص١٤٨ الباب ٧ من الشفعة ح١.

(٣) الوسائل: ج١٧ ص٣١٦ الباب ٢ من الشفعة ح١.

(٤) الوسائل: ج١٧ ص٣١٩ الباب ٥ من الشفعة ح١.

(٥) الوسائل: ج١٧ ص٣٢٣ الباب ٨ من الشفعة ح١.

وخبر سليمان بن خالد، عن أبي عبد الله (عليه السلام): «ليس في الحيوان شفعة»[1].

وما رواه في الكافي: «إن الشفعة لا تكون إلاّ في الأرضين والدور فقط»[2].

وما رواه في الفقيه، عن الصادق، عن أبيه (عليهما السلام): «إن رسول الله (صلى الله عليه وآله) قضى بالشفعة ما لم تؤرف، يعني تقسم»[3].

وفي الغوالي، عن النبي (صلى الله عليه وآله) قال: «الشفعة في كل مشترك ربع أو حائط، فلا يحل له أن يبيعه حتى يعرضه على شريكه، فإن باعه فشريكه أحق به»[4].

وعن الدعائم، روينا عن أبي عبد الله، عن أبيه، عن آبائه (عليهم السلام)، عن أمير المؤمنين (عليه السلام)، إنه قال: «لا شفعة فيما وقعت عليه الحدود»[5].

وعن أبي عبد الله (عليه السلام)، إنه قال: «الشفعة جائزة فيما لم يقع عليه الحدود، فإذا وقع القسم والحدود فلا شفعة»[6].

وعن الرضي (رحمه الله) في المجازات النبوية، عن النبي (صلى الله عليه وآله) قال: «إذا وقعت الحدود وصرفت الطريق فلا شفعة»[7].

وعن الغوالي، بسنده إلى رسول الله (صلى الله عليه وآله)، إنه قال: «الشفعة فيما لا يقسم، فإذا وقعت الحدود فلا شفعة»[8].

وعن الشيخ الطوسي، بسنده إلى رسول الله (صلى الله عليه وآله)، إنه قال: «إذا وقعت الحدود فلا شفعة»[9].

---

(١) الوسائل: ج١٧ ص٣٢٢ الباب ٧ من الشفعة ح٦.

(٢) الوسائل: ج١٧ ص٣٢٣ الباب ٨ من الشفعة ح٢.

(٣) الوسائل: ج١٧ ص٣١٨ الباب ٣ من الشفعة ح٨.

(٤) المستدرك: ج٣ ص١٤٧ الباب ١ من الشفعة ح١.

(٥) المستدرك: ج٣ ص١٤٧ الباب ٣ من الشفعة ح١.

(٦) المستدرك: ج٣ ص١٤٧ الباب ٣ من الشفعة ح٣.

(٧) المستدرك: ج٣ ص١٤٧ الباب ٣ من الشفعة ح٥.

(٨) المستدرك: ج٣ ص١٤٧ الباب ١ من الشفعة ح٥.

(٩) المستدرك: ج٣ ص١٤٧ الباب ١ من الشفعة ح٦.

وفي رواية أخرى، رواها الغوالي، عن النبي (صلى الله عليه وآله): «الشفعة في كل ما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وضربت الطرق فلا شفعة»[1].

ورواه درر اللئالي، عن جابر، عنه (صلى الله عليه وآله)[2].

وعن المقنع، روي: «إذا أرفت الأرف وحدت الحدود فلا شفعة»[3].

وعن دعائم الإسلام، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، إنه قال: «لا شفعة إلاّ في مشاع»، إلى أن قال: «فإذا وقعت القسمة لم يكن بين صاحب العلو وصاحب السفل شفعة إلاّ أن يكون بينهما شيء مشترك»[4].

وفي الغوالي، عن الصادق (عليه السلام) قال: «الشفعة في كل عقار، والعقار النخل والأرضون والدور»[5].

وعن الغوالي، عن جابر، عن النبي (صلى الله عليه وآله)، إنه قال: «لا شفعة إلاّ في ربع أو حائط»[6].

إلى غيرها من الروايات، مما أنه لولا كون روايات الإطلاق على خلاف القاعدة لكان اللازم الجمع بينهما بكون الروايات المانعة على ضرب من الكراهة ونحوها.

وأما المناقشات الأخر في هذه الطائفة أو تلك الطائفة فلا يخفى ما فيها.

ومنه يظهر وجه النظر فيما ذكره الجواهر بقوله: (والإنصاف أن ذلك كله

(١) المستدرك: ج٣ ص١٤٨ الباب ٣ من الشفعة ح٨.

(٢) المستدرك: ج٣ ص١٤٨ الباب ٣ من الشفعة ح٨.

(٣) المستدرك: ج٣ ص١٤٧ الباب ٣ من الشفعة ح١٠.

(٤) المستدرك: ج٣ ص١٤٧ الباب ٤ من الشفعة ح١.

(٥) المستدرك: ج٣ ص١٤٧ الباب ٥ من الشفعة ح٢.

(٦) المستدرك: ج٣ ص١٤٨ الباب ٥ من الشفعة ح٦.

مما يورث الشك للفقيه، خصوصاً بعد عدم الشهرة المحققة المعتد بها للقدماء في ذلك، بل ما حكاه المرتضى عن العامة من اتفاقهم عدا مالك على عدم ثبوتها في المنقول، معارض لما عن الخلاف من حمل مرسل يونس[1] على التقية من أبي حنيفة ومالك، كما أن ما ادعاه من الإجماع لم نتحققه، إذ لم نعرف من وافقه على ذلك ممن تقدم إلى المفيد، مع أنه حكي عنه في المختلف أنه لم يصرح بشيء، وإن كان هو خلاف الموجود عندنا في مقنعته من التصريح بذلك في آخر كلامه، وإلا ابن الجنيد، ولم نقف على عبارته، وليس النقل كالعيان.

وأما الصدوقان وابن أبي عقيل، فقد عرفت الحال في كلامهم، فالتحقيق حينئذ الاقتصار على المتيقن فيما خالف الأصول العقلية والنقلية، وهو الأخذ في غير المنقول، وحمل النصوص في المملوك والحيوان على ضرب من الندب بل لا يبعد حمل مرسل يونس[2] عليه) انتهى.

إذ لا يخفى ما فيه من مواضع النظر.

قال في الشرائع: (وأما الشجر والنخل والأبنية فتثبت فيها الشفعة تبعاً للأرض).

وقال في القواعد: (ولو بيع البناء والغرس منضمين إلى الأرض دخلا في الشفعة تبعاً).

وفي مفتاح الكرامة: بلا خلاف، كما في موضعين من المبسوط، وظاهره نفيه بين المسلمين.

ونحن أيضاً لم نجد فيه لنا خلافاً، بل وجدنا عباراتهم

(١) الوسائل: ج١٧ ص٣٢١ الباب ٧ من الشفعة ح٢.

(٢) الوسائل: ج١٧ ص٣٢١ الباب ٧ من الشفعة ح٢.

مصرحة بذلك، وقد يظهر الإجماع من الشرائع والمسالك والكفاية، حيث قيل فيها تثبت فيهما تبعاً للأرض، ولو أفردا بالبيع نزل على القولين، فظاهرها أنه لا خلاف حيث تُضمّان، وتبعه في ذلك الجواهر كما لا يخفى على من راجع عبارتهما.

وقد تقدم في رواية الغنوي: سألته عن الشفعة في الدور[1].

وفي رواية منصور: عن دار فيها دور وطريقهم واحد في عرصة الدار[2].

وفي رواية عقبة: قضى رسول الله (صلى الله عليه وآله) بالشفعة بين الشركاء في الأرضين والمساكن[3].

وفي جملة من الروايات لفظ: الأرض.

وفي رواية الدعائم، عن الصادق (عليه السلام)، إنه قال: «إذا اكترى الشفيع من المشتري الأرض المبيعة أو الدار، أو عامله في النخل وساومه في شيء من ذلك فقد قطعت شفعته»[4].

مما يدل على أن في النخل أيضاً الشفعة.

وفي رواية أخرى، عنه (عليه السلام) قال: «الشفعة في كل عقار، والعقار النخل والأرضون والدور»[5].

وفي رواية الغوالي، عن النبي (صلى الله عليه وآله) قال: «لا شفعة إلاّ في ربع أو حائط»[6].

وفي جملة من الروايات إطلاق أو عموم يشمل المقام، كقوله (صلى الله عليه وآله) فيما

---

(١) الوسائل: ج١٧ ص٣١٦ الباب ٧ من الشفعة ح١.

(٢) الوسائل: ج١٧ ص٣١٨ الباب ٤ من الشفعة ح١.

(٣) الوسائل: ج١٧ ص٣١٩ الباب ٥ من الشفعة ح١.

(٤) لمستدرك: ج٣ ص١٤٨ الباب ١١ في نوادر الشفعة ح٢.

(٥) المستدرك: ج٣ ص١٤٨ الباب ٥ من الشفعة ح٦.

(٦) المستدرك: ج٣ ص١٤٨ الباب ٥ من الشفعة ح٦.

رواه الغوالي: «الشريك شفيع، والشفعة في كل شيء»[1].

وفي رواية الدعائم، عن علي (عليه السلام)، إنه قال: «لا شفعة في بئر ولا نهر، ولا شفعة إلاّ أن يكون مع شيء من ذلك أصل الأرض لم تقسم»[2].

ومنه يعلم وجه النظر في قول الجواهر، حيث قال: (ليس في شيء من النصوص ذكر الحائط بمعنى البستان الشامل للأرض والغرس، وإنما هو موجود في نصوص العامة، إلاّ أنه لا فرق عند الأصحاب بينه وبين البناء، كما أنه ليس في شيء من نصوصنا لفظ البناء، بل فيها الأراضي والمساكن والدور، ومن هنا قد يتوقف فيما لا يدخل تحت اسم المسكن والدار من البناء كجدار ونحوه، وإن حكي عن ظاهر جماعة وصريح آخرين ثبوت الشفعة فيه تبعاً للأرض، لكنه لا يخلو من نظر، اللهم إلاّ أن يكون ذلك مثالاً لكل ما يثبت في الأرض، سواء كان مسكناً أو غيره) انتهى.

والأقرب دخول كل ذلك، ولذا قال في محكي التذكرة وتبعه المحقق والشهيد الثانيان: كما أن المساكن يتناول الأبنية، والدور يتناول الجدران والسقوف والأبواب.

وفي مفتاح الكرامة: (في تناول المساكن لمطلق الأبنية حتى الحائط الواحد وحده منع واضح) انتهى.

لكن قد عرفت شمول الإطلاقات لمثله، فلو بنى حائطاً في الصحراء لأجل الظل، مما لم تكن أرضه له كان داخلاً في الحكم المذكور.

بل في دعائم الإسلام، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، إنه قال: «لا شفعة إلاّ في مشاع

---

(١) المستدرك: ج٣ ص١٤٨ الباب ٥ من الشفعة ح٧.

(٢) المستدرك: ج٣ ص١٤٨ الباب ٨ من الشفعة ح٢.

أو ما كان من طريق مشترك، أو حائط معقود بخشب، أو حجارة أو ما أشبه ذلك من البناء، ولأصحاب الزائقة غير النافذة الشفعة بعضهم على بعض باشتراك الزائقة»[1].

وتقدم في رواية الغوالي[2] لفظ الحائط[3].

بل قد عرفت العمومات أو الإطلاقات الشاملة لمثل ذلك خرج منه ماخرج فيبقي الباقي، كقول الصادق (عليه السلام): «الشفعة جائزة» (أو واجبة، كما في نسخة الفقيه) «في كل شيء»[4].

وقوله الآخر: «الشفعة في البيوع إذا كان شريكاً فهو أحق بها من غيره بالثمن»[5].

بل ويؤيده ما تقدم من خبر عقبة بن خالد، عن الصادق (عليه السلام): «إن رسول الله (صلى الله عليه وآله) قضى بالشفعة بين الشركاء في الأرض والمساكن، وقال: لا ضرر ولاضرار»[6].

فإن قوله: «لا ضرر ولا ضرار» بعد كلامه بثبوت الشفعة يدل على إطلاق الشفعة، لأنه كالعلة لهذا الحكم الذي هو على خلاف أصل السلطنة.

((الشفعة ومتعلقات العقار))

ثم الظاهر العرفي أن متعلقات الدار والأرض والمسكن وما أشبه، ممّا يدخل تبعاً في الاسم، داخل في حكم الشفعة وإن كانت منفصلة.

ومنه يعلم وجه النظر في استثناء الجواهر المفاتيح قال: (لا إشكال في تناول اسم الدار لجميع ما يثبت فيها من الأبواب والأخشاب والأعتاب ونحوها من المنقولات التي أثبتت تبعاً للدار، بل في بعض كتب الشافعية دخول المفاتيح

---

(١) المستدرك: ج٣ ص١٤٨ الباب ٥ من الشفعة ح١.

(٢) المستدرك: ج٣ ص١٤٨ الباب ٥ من الشفعة ح٦.

(٣) إلاّ أن يقال: أنه ظاهر في البستان (منه دام ظله)

(٤) الوسائل: ج١٧ ص٣٢١ الباب ٧ من الشفعة ح٢.

(٥) الوسائل: ج١٧ ص٣١٦ الباب ٢ من الشفعة ح١.

(٦) الوسائل: ج١٧ ص٣١٩ الباب ٥ من الشفعة ح١.

أيضاً، وإن كان فيه منع واضح، وإن قلنا بتبعيتها لبيع الدار عرفاً) انتهى.

إذ لا وجه لاستثنائها بعد رؤية العرف شمول اللفظ له.

أما الأجزاء المثبتة وإن لم تكن من الدار حقيقة، كأنابيب الماء والكهرباء والمراوح والأشجار الثابتة في الدار والأعشاب كذلك فهي كلها داخلة في بيع الدار.

((الشفعة في الحق والملك))

ثم الظاهر أنه لا فرق بين أن يكون حقاً أو ملكاً، كما إذا كانت غرفة عليا، أرضها سقف الغرفة السفلى، ولكن الحق لصاحب الغرفة العليا، فباع صاحب العليا، فإنه يكون في الأرض أيضاً الشفعة، كما أنه إذا باع صاحب السفلى يكون السقف أيضاً داخلاً في الشفعة، وإن كان تعلق بأرض العليا حق الغير.

وفي رواية الدعائم، عن الصادق (عليه السلام)، أنه قال في الأرض تكون حبيساً على القوم فيبني فيها بعضهم ثم يموت فيبيع بعض ورثته حصته، هل لصاحبه شفعة، قال: «نعم له الشفعة، لأنه يدخل على ما بقي مضرة إذا كان يهدم نصف كل بيت فيدخل في ذلك فساد»[1].

هذا بالإضافة إلى ما عرفت من الاستدلال بلا ضرر، وبالعمومات المتقدمة.

وفي رواية أخرى له، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، إنه قال: «لا شفعة إلاّ في شيء مشاع»، إلى أن قال: «فإذا وقعت القسمة لم يكن بين صاحب العلو وصاحب السفل شفعة، إلاّ أن يكون بينهما شيء مشترك»[2].

ومنه يعلم وجه النظر فيما حكي عن القواعد والتذكرة والتحرير وجامع

---

(١) المستدرك: ج٣ ص١٤٩ الباب ١١ من الشفعة ح٥.

(٢) المستدرك: ج٣ ص١٤٧ الباب ٤ من الشفعة ح١.

المقاصد من عدم الشفعة فيما لو كانت أرض الغرفة سقف صاحب السفل المختص، لعدم التبعية لأرضه.

ولكن عن الدروس: لا شفعة فيها عند الفاضل، مشعراً بنوع تردد فيه.

وقال في الجواهر بعد نقله الحكم المذكور عن العلامة وغيره: (أما لو كان السقف لهما، ففي القواعد إشكال من حيث إنه في الهواء فليس بثابت، ولا ترجيح في التحرير والدروس، بل في التذكرة الأقرب أن لا شفعة، بل في جامع المقاصد أنه الأصح، لأن ثبوت الشفعة فيها تبعاً للأرض ولا أرض هنا، وعدم النقل عادة لا يخرجها عن كونها منقولة في الأصل، وصائرة إلى النقل، إلاّ أنه لا يخفى عليك ما فيه، لصدق اسم المسكن والدار وكون الشيء منقولاً أو ثابتاً ليس عنواناً في شيء من النصوص، ولعله لذا حكي عن الفخر أن الأولى ثبوت الشفعة) انتهى.

فإن مقتضى القاعدة ما ذكره الجواهر كما عرفت.

((الشفعة في البناء والشجر))

قال في الشرائع: (ولو أفردا أي النخل والشجر والأبنية بالبيع، نزل على القولين).

وفي القواعد: (إنه لا شفعة في البناء والغرس).

لكن مقتضى القاعدة الشفعة في البناء ولو مجرداً عن الأرض، لبعض الإطلاقات المتقدمة، ودليل «لا ضرر» المستدل به في الرواية[1]، بل ولقوله (عليه السلام): «قضى رسول الله (صلى الله عليه وآله) بالشفعة بين الشركاء في الأرضين والمساكن»، فإن عطف (المساكن) على (الأرضين) مع أن بينهما عموماً من وجه، يقتضي أن يكون الشفعة في كل المساكن، سواء كانت مع الأرض أم لا، كما يقتضي أن الأرضين فيها الشفعة، سواء كانت مع المساكن

(1) الوسائل: ج17 ص319 الباب 5 من الشفعة ح1.

أو لا، وليس بين الأمرين عموم مطلق، كما هو ظاهر مفتاح الكرامة حيث قال: (ولا بد في عطف الخاصة على العامة من نكتة).

كما أنه لم يعلم وجه قول المسالك: المسكن اسم للمجموع المركب من الأرض والبناء.

وأما الشجر، فإن قلنا بالإطلاق في تلك الروايات السابقة، ومثل دليل «لا ضرر» المستدل به في رواية رسول الله (صلى الله عليه وآله)، كما هو الظاهر من الجملتين المتعاقبتين، فاللازم أن نقول بثبوت الشفعة فيه.

ويؤيده ما تقدم عن الدعائم، عن الصادق (عليه السلام) من قوله: «الشفعة في كل عقار، والعقار النخل والأرضون والدور»(١).

وإلاّ فإن لم نكتف بمثل هذه العمومات والمؤيدات فالأصل العدم، لكن القول به قريب.

ومن ذلك يظهر وجه النظر في قول الجواهر، حيث قال: (أما لو بيعا مع مغرسهما وأسّهما خاصة من أرض البستان والدار، فالأصح عند الشافعي عدم الشفعة، لأن المبيع من الأرض هنا تابع وهو الأس والمغرس، والمتبوع هو البناء والشجر، ولا يخلو من وجه للشك في التبعية هنا، لعدم صدق البستان والدار على الفرض، إذ هما اسم للمجموع المركب من ذلك، وهو المدار) انتهى.

خصوصاً في إشكاله في البناء في الدار.

وبالطريق الأولى تثبت الشفعة في الدار التي ليست أرضها مملوكة الشريكين، لكونها مفتوحة عنوة، وقلنا بعدم ملكها تبعاً للآثار، أو كانت وقفاً على غيرهما، أو وقفاً عاماً، أو كانت مستأجرة

(١) المستدرك: ج٣ ص١٤٨ الباب ٥ من الشفعة ح٢.

أو عارية، وذلك لصدق الدار والبستان والمسكن ونحوها عليها، فإشكال الجواهر فيها بأنه لا بيع فيها لأرضها مع الآثار حتى تتحقق الشفعة، محل نظر.

ومن ذلك يظهر النظر أيضاً في قوله: (ولو كان في أرض البستان أو الدار زرع يجز مرة بعد أخرى، فالذي صرح به بعض الشافعية الشفعة في أصوله، وإن كان الجزة الظاهرة لا شفعة فيها. أما إذا لم يكن كذلك، بل يجز دفعة واحدة ويؤخذ فلا شفعة فيه، قلت: لعل الأصح خلافه فيهما، ضرورة عدم دخولهما في اسم الحائط والدار حتى تتحق الشفعة فيه، وليس هو من التوابع الثابتة، ومن هنا كان المحكي عن الخلاف وفقه الراوندي والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد وغيرها عدم الثبوت فيه من دون تفصيل) انتهى.

إذ الظاهر من الدليل لدى العرف التبعية، كما تقدم في مثل المفتاح أيضاً، فإن من اشترى داراً لا يشك في دخول مثل ذلك فيه، وكذلك إذا صالح أو استأجر، وهكذا في المقام، بل تعارف وجود مثل هذه الأعشاب في البساتين والدور الواسعة ذات الحدائق مع عدم استثنائها في الأدلة، دليل على دخول الأعشاب ونحوها في الشفعة أيضاً.

((فروع))

كما أنه لعله كذلك بالنسبة إلى الحيوانات الموجودة في الأرض كالدود الموجود في أرض البساتين مما يكثر نفعه أيضاً ويباع لبعض الأدوية، فإنها أيضاً داخلة، ولذا إذا باع البستان ثم جاء البائع وأراد إخراج الدود لنفسه عدّ مخالفاً لما ينصرف من بيعه.

كما أنه يعرف مما تقدم وجه النظر في قول الجواهر، حيث قال: (ولو كان في الدار نخلة أو شجرة أو نحوهما مما لا تسمى بستاناً، فلا شفعة فيها ببيع الدار

إذ ليس هي منها في شيء، والتبعية الجعلية في البيع لا تجدي، بل قد عرفت أن التبعية العرفية كذلك ما لم تدخل في المسمى على وجه تكون من أجزاء الدار عرفاً مثل الرفوف المثبتة فيه) انتهى.

إذ الظاهر أنها تابعة لفهم العرف ذلك من أدلة الشفعة، ولو لم تكن تابعة لزم الاستثناء.

أما الرفوف غير المثبتة، كما إذا كان في طرفي الحائط خشبة أو نحوها بحيث يوضع الرف فوقه، فلا يبعد الدخول أيضاً، لأنه المنصرف من الإطلاق هنا، وفي البيع والصلح وغيرها، إلاّ إذا استثني في البيع ونحوه.

والظاهر أنه يدخل في الشفعة أيضاً القفص المبني في الحائط للطيور والدجاج ونحوهما، وكذلك محل وضع التبن والحشيش والشعير للحيوانات المبنية من الطين ونحوه.

وهل تثبت الشفعة في مثل المسكن المتحرك، حيث يعتاد في الحال الحاضر صنع المساكن المتحركة على العجلات، أو المساكن المتحركة في البحر مما يشبه السفن، احتمالان، من أنه مسكن، ومن احتمال انصراف الأدلة عن مثله، لكن لا يبعد القول لإطلاق الأدلة المتقدمة، ودليل «لا ضرر»[1]، وشمول المسكن له بعد ما عرفت من أنه لا يلزم أن يكون المسكن مع الأرض، للتقابل بينهما في الحديث.

---

(١) الوسائل: ج١٧ ص٣١٩ الباب ٥ من الشفعة ح١.

((الشفعة في النهر والطريق وما تضره القسمة))

(**مسألة ٢**): قال في الشرائع: (وفي ثبوتها في النهر والطريق والحمام وما تضر قسمته تردد، أشبهه أنه لا تثبت، ونعني بالضرر أن لا ينتفع به بعد قسمته، فالمتضرر لا يجبر على القسمة، ولو كان الحمام أو الطريق أو النهر مما لا يبطل منفعته بعد القسمة أجبر الممتنع وتثبت الشفعة، وكذا لو كان مع البئر بياض أرض بحيث تسلم البئر لأحدهما) انتهى.

وقال في القواعد: (واحترزنا بقبول القسمة عن الطاحونة والحمام وبئر الماء والأما كن الضيقة وما أشبهها، مما لا يقبل القسمة لحصول الضرر بها، وهو إبطال المنفعة المقصودة منها، فلا شفعة فيها على رأي).

أقول: اختلفوا في أنه هل يلزم إمكان القسمة بلا ضرر حتى تكون شفعة، فلو لم يقبل القسمة لم تكن شفعة، أو أن الشفعة مطلقاً قبل القسمة وإن لم يقبل، المشهور ذهبوا إلى الأول.

قال في مفتاح الكرامة: (اشتراط قبول القسمة خيرة النهاية والخلاف والمبسوط والمراسم والمهذب والوسيلة والشرائع والنافع والتذكرة والتحرير والإرشاد والتبصرة والمختلف والإيضاح وغاية المراد والمقتصر والتنقيح وجامع المقاصد والروضة، وهو الظاهر من كشف الرموز وشرح الإرشاد لولد المصنف والمهذب البارع، ونفى عنه البعد في المجمع البرهان، وهو المحكي عن علي بن بابويه، وعبارة ولده في المقنع كالمحكي من عبارتهما، وعليه المتأخرون كما في الدروس، وعليه الفتوى كما في التنقيح، ومذهب أكثر علمائنا كما في التذكرة، والمشهور كما في مجمع البرهان، وخصوصاً بين المتأخرين كما في المسالك، وأكثر المتأخرين كما في جامع المقاصد.

والقول الثاني: مذهب السيد المرتضى وأبي المكارم وابن إدريس وأبي

علي والقاضي، وحكاه في الإيضاح عن المفيد، ونسبه في المفاتيح إلى السيد والحلي وأكثر المتقدمين واختاره، وكأنه قال به أو مال إليه في المسالك وفي الدروس أن القولين مشهوران، ولا ترجيح فيه ولا في الكفاية، وفي الحدائق أن هذا الشرط ذكره جملة من المتأخرين كالعلامة في الإرشاد، وأنكر عليه في التذكرة نسبته إلى أكثر علمائنا وقال: إن شهرة المتأخرين إنما وقعت بعد العلامة) انتهى كلام السيدالعاملى، ملخصاً.

وقد أخذ منه الجواهر في نقل الأقوال بتلخيص.

((أدلة القولين))

استدل المشهور القائلون بأنه يلزم في الشفعة أن يكون قابلاً للقسمة، فلو لم يقبل القسمة لم تكن شفعة: بالأصل، ودليل «لا ضرر»[1]، وجملة من الروايات.

أما الأصل، فلأصالة عدم الشفعة إلاّ فيما خرج بالدليل، لأن الشفعة تسليط على مال الغير، وهو خلاف «الناس مسلطون على أموالهم»[2].

وأما دليل «لا ضرر» فهو كما عن التنقيح: إن نظر الشارع بالشفعة إزالة ضرر المالك بالقسمة لو أرادها المشتري، وهذا الضرر منتف فيما لا يقسم فلا شفعة فيه.

أقول: ويدل على ما ذكره التنقيح ما تقدم من الحديث عن رسول الله (صلى الله عليه وآله)، حيث قال (عليه السلام): «قضى رسول الله (صلى الله عليه وآله) بالشفعة بين الشركاء في الأرضين والمساكن. وقال: «لا ضرر ولا ضرار» وقال: «إذا أرفت الأرف وحدت الحدود فلا شفعة»[3]. فإن ظاهره تعليل الحكم بالشفعة بدليل

---

(١) انظر: الوسائل: ج١٧ ص٣١٩ الباب ٥ ح١، وج ١٧ الباب ١٢ من إحياء الموات.

(٢) الغوالي: ج٢ ص١٣٨.

(٣) الوسائل: ج١٧ ص٣١٩ الباب ٥ من الشفعة ح١.

«لا ضرر»، وإلا لم يكن وجه لذكر «لا ضرر» هنا، خصوصاً وأن بعده أيضاً حكم الشفعة، وإلا كان مجيئ هذه الجملة في وسط الحكمين غير مناسب كما هو واضح.

وأما الروايات فهي ما تقدم عن السكوني، كما في الكافي، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال: قال رسول الله (صلى الله عليه وآله): «لا شفعة في سفينة، ولا في نهر، ولا في طريق»[1].

وزاد في الفقيه: «ولا رحى ولا حمام».

ومثل هاتين الروايتين غيرهما مما تقدم، حيث إنه ليس المراد بها الواسعات القابلات للقسمة إجماعاً، كما في مفتاح الكرامة، فلم يبق إلاّ أن يراد الضيقات، فيكون الباقي كذلك، إذ لا قائل بالفصل، والضعف منجبر بما عرفت.

أما ما احتمل في الرياض من حمل الروايتين عن التقية تبعاً للمفاتيح، ففيه ما في مفتاح الكرامة، وتبعه الجواهر: إن القائل هنا بمقالة المرتضى أبو حنيفة وأصحابه، وابن شريح والثوري ومالك في إحدى الروايتين عنه، وبعض هؤلاء هم الذين يتقي منهم الصادق (عليه السلام).

واستدل في الخلاف وغيره بما رواه العامة، عن جابر، إن رسول الله (صلى الله عليه وآله) قال: «إنما جعلت الشفعة فيما لم يقسم»[2]، فإن (إنما) يفيد الحصر، و(الشفعة) معرفة بلام الجنس، وأنها لا تدخل إلاّ على ما يمكن قسمته ويصح اتصافه بالقسمة ولو في بعض الأوقات لأنها تفيد نفي الماضي.

ولهذا يصح أن يقال: السيف لا يقسم، ولا يقال: لم يقسم، فالنفي بمعنى عدم الملكة، لا بمعنى السلب، وكأن الخلاف إنما استدل بهذه الرواية العامية

(١) الوسائل: ج١٧ ص٣٢٣ الباب ٨ من الشفعة ح١.

(٢) انظر: الخلاف ص٢٦٥ المسألة ١٦ من الشفعة، وسنن البيهقي: ج٦ ص١٠٢.

إلزاماً لا احتجاجاً، مع احتمال كونه احتجاجاً لتأيده للروايات الواردة من طرقنا، كقول أحدهما (عليهما السلام) في مرسل جميل: «الشفعة لكل شريك لم تقاسمه»[1]، وفي عدة أخبار أخر: «الشفعة لا تكون إلاّ لشريك لم تقاسمه».

وكأنه لذا رجع عن إشكاله على المشهور صاحب الحدائق، حيث قال بعد ذكر أدلة المشهور:

(وأنت خبير بأنه لا دلالة فيها على ذلك، إذ لا تعرض فيها لذكر القسمة وعدمها، وكأنهم بنوا على أن العلة في النفي في هذه الأفراد إنما هي من حيث عدم قبول هذه الأشياء القسمة.

وفيه: إن هذه علة مستنبطة لا يجوز العمل عليها عندنا، نعم يمكن الاستدلال عليه بما في رواية عقبة بن خالد، من قوله (عليه السلام): «إذا رفت الأرف وحدت الحدود فلا شفعة»[2]، وفي معناها روايات أخر، فإن ظاهرها أنه لا شفعة إلاّ فيما يقع فيه الحدود وتضرب له الطرق ويقع فيه السهام.

وكيف كان، فالمسألة لا تخلو من الإشكال، والقدر المعلوم جواز الشفعة فيه هو ما وقع عليه الاتفاق مما قدمنا ذكره، وما عداه فهو محل توقف وإشكال) انتهى ملخصاً.

أما غير المشهور، فقد أجابوا عن أدلة المشهور بأن الأصل ليس بأصيل حيث يوجد الدليل، والدليل هو بعض المطلقات السابقة، بالإضافة إلى إجماع المرتضى في الانتصار، حيث ادعى ثبوت الشفعة حتى فيما لا يقسم.

وأما الاستدلال بدليل «لا ضرر»، فعن الرياض إنه في غاية الضعف، وقد فصل الكلام في ذلك، ويمكن أن يقال في وجهه: إنه دليل مشترك، فكل من الشفعة

---

(١) الوسائل: ج١٧ ص٣١٧ الباب ٢ من الشفعة ح٣.

(٢) الوسائل: ج١٧ ص٣١٧ الباب ٢ من الشفعة ح٥.

وعدمها ضرر على طرف، فلا يمكن الاستدلال به لأحد الطرفين، خصوصاً وأن قول الرسول (صلى الله عليه وآله) بالشفعة في الأرضين والمساكن[1]، شامل للضيق وغير الضيق، فكما لا تقييد في الأرضين والمساكن، كذلك لا تقييد في غيرهما.

ويمكن أن يكون المراد بالروايات الخاصة ما تقدم في رواية الدعائم، عن الصادق (عليه السلام)، إنه قال: «لا شفعة في بئر ولا نهر، ولا شفعة إلاّ أن يكون مع شيء من ذلك أصل الأرض لم تقسم»[2].

وكيف كان، فالأدلة الخاصة من الطرفين متكافئة، والشهرة لا تصلح مستندة، فالأمر دائر بين بعض الإطلاقات والعمومات المتقدمة، وبين الأصل كقوله (عليه السلام): «الشفعة جائزة أو واجبة في كل شيء»[3].

وقوله (عليه السلام): «الشفعة في البيوع إذا كان شريكاً فهو أحق بها من غيره بالثمن»[4]، وغيرهما.

وحيث إن الإطلاقات والعمومات مقدمة على الأصل، كان قول غير المشهور أقرب إلى الصناعة، وإن كان الاحتياط لا ينبغي تركه.

وبذلك ظهر أنه لا يبقى مجال لما ذكره المسالك وغيره في تفسير عبارة الشرائع حيث قال: (ونعني بالضرر) إلى آخره: (المراد من الضرر الرافع للإجبار على القسمة عند المنصف، أنه هو المبطل لمنفعة المال أصلاً على تقدير القسمة، بأن يخرج عن حد الانتفاع لضيقه، أو لقلة النصيب، أو لأن أجزاءه غير منتفع

---

(١) الوسائل: ج١٧ ص٣١٩ الباب ٥ من الشفعة ح١.

(٢) المستدرك: ج٣ ص١٤٨ الباب ٨ من الشفعة ح٢.

(٣) الوسائل: ج١٧ ص٣٢١ الباب ٧ من الشفعة ح٢.

(٤) الوسائل: ج١٧ ص٣١٦ الباب ٢ من الشفعة ح١.

بها، كالأمثلة المذكورة، إلاّ إذا كانت بالغة في الصغر هذا الحد، فلو بقي للسهم بعد القسمة نفع ما يثبت الشفعة وللضرر، تفسير آخر: وهو أن ينقص القسمة قيمة المقسوم نقصاناً فاحشاً، وثالثاً: وهو أن يبطل منفعته المقصودة قبل القسمة، وإن بقيت فيه منافع غيرها، كالحمام والرحى إذا خرجا بالقسمة عن صلاحية الانتفاع بهما في الغسل والطحن على الوجه الذي كان أولاً، وفي الوسط قوة، ومحل تحقيقة باب القسمة، وذكره هنا بالعرض) انتهى.

أقول: ويمكن أن يتصور وجوه أخر للضرر، كأن يأخذ الظالم الضريبة عن المقسوم دون غيره، كما هو المتعارف الآن، أو أن يوجب القسمة انفراد كل بملكه مما يمكن الظالم على التسليط على انتزاعه منه، بينما إذا كانا معاً لم يتمكن الظالم من ذلك، إلى غيرها.

((الشفعة في البئر والحمام))

ومما تقدم ظهر وجه النظر في قول الدروس: (لو اشتملت الأرض على بئر لا يمكن قسمتها، وأمكن أن تسلم البئر لأحدهما مع قسمة الأرض تثبت الشفعة في الجميع، قيل: وكذا لو أمكن جعل أكثر بيت الرحى موازناً لما فيه الرحى، ويلزم منه أنه لو اشتملت الأرض على حمام أو بيت ضيقين، وأمكن سلامة الحمام أو البيت لأحدهما أمكن أن تثبت، وعندي فيه نظر بالشك في وجوب قسمة ما هذا شأنه) انتهى.

فإنه لا وجه للتفصيل المذكور بعد أن عرفت أن مقتضى القاعدة إطلاق دخول الشفعة.

كما أن مثله في وجه النظر ما في القواعد حيث قال: (فلو انتفى الضرر بقسمة الحمام ثبتت الشفعة، وكذا لو كان مع البئر بياض أرض بحيث تسلم البئر بأحدهما، أو كان في الرحى أربعة أحجار بئر يمكن أن ينفرد كل منهما بحجرين، أو كان الطريق واسعاً لا تبطل منفعته بالقسمة، ولو ضم المقسوم

أو ما لا شفعة فيه إلى ما فيه الشفعة ثبتت في الثاني بنسبة قيمته من الثمن) انتهى.

فإنه وإن حكى في مفتاح الكرامة فرعه في الحمام عن المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد وغيرها، وحكى فرعه في الرحى عن المبسوط والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد، وفرعه في الطريق عن الشرائع والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمسالك والكفاية إلاّ أن الجميع مبني على التفصيل المذكور بين قابل القسمة وعدمه، وحيث يرتفع الأصل يرتفع الفرع.

نعم لا ينبغي الإشكال على قولهم فيما كان الحمام في الدار، كما هو المتعارف الآن، فإن الشفعة آت في الدار وبتبعه الحمام، لأن الحمام تبع، ومرادهم بالحمام الحمام المستقل.

كما أنه لو كان الحمام ذا طابقين، حمام فوق وحمام تحت، كما يتعارف الآن في بعض الحمامات العمومية، فإن كلامهم في الشفعة آت فيه أيضاً، وهكذا حال الرحى إذا كان منصوباً في البيت، أو ذا طابقين، وكذلك في الطريق الذي يكون في طابقين، فإن دليلهم في منع الشفعة لا يأتي في تلك وإن كانت ضيقة.

((فروع))

ومثل الدار وغيرها الدكان، لشمول بعض الإطلاقات المتقدمة له، وكذلك حال المعمل والمصنع والمطار وموقف السيارات ونقطة المحطة للقطار وغيرها، لعموم الحكم في الجميع.

بل وكذا ينبغي أن يكون حال موقف السفن في البحر إذا أحرزه إنسان فاشترك معه آخر، أو أحرزاه أو حصلاه بسبب آخر من أسباب النقل، وهكذا حال أشباه ذلك كالمدرسة والميتم ودار العجزة والمطبعة والمكتبة والمستوصف والمستشفى والمختبر والصيدلية وغيرها.

أما إذا كان ماء البئر أو النهر أو البحر أو ماء العين أو المعدن بدون الأرض فلا شفعة، لعدم شمول الأدلة له بعد كون أصل السلطنة تقتضي عدمها، والمسكن في الفضاء لو فرض حصوله، كما هو بناؤهم في المجمعات الفضائية، وتحت البحر مما يسمى مسكناً، يقتضي أن يكون الحكم كذلك فيه أيضاً.

وحيث قد تقدم حال ما كان الأرض وقفاً، فمن ذلك يظهر حال ما بني في المشعر كبعض البيوت المبنية في منى.

((**الشفعة في الدولاب والناعورة**))

(**مسألة ٣**): قال في الشرائع. (وفي دخول الدولاب والناعورة في الشفعة إذا بيعا مع الأرض تردد، إذ ليس من عادته أن ينقل).

وفي القواعد: (وفي دخول الدولاب نظر، ينشأ من جريان العادة بعدم نقله).

وأضاف في مفتاح الكرامة: ومن أنه منقول في نفسه، ولذلك تردد في الشرائع والكفاية، والأصح الدخول كما هو خيرة التحرير والإيضاح والدروس وجامع المقاصد والمسالك، لتناول اسم الدار والحمام والبستان له إذا كان من جملة المرافق، كتناوله للأبواب المثبتة عادةً مع قبولها للنقل عادة).

ثم قال: (وموضع التردد والخلاف ما إذا بيع مع الأرض كما هو المفروض في الشرائع وما ذكر بعدها، وأما إذا بيع وحده فلا بحث ولا إشكال في عدم ثبوت الشفعة فيه، بناءً على عدم الثبوت فيما ينقل كما في جامع المقاصد والمسالك) انتهى.

ومقتضى القاعدة هو ما ذكره في كلا الفرعين، أي دخول الشفعة مع البيع منضماً، وعدم الدخول مع البيع منفرداً.

ولذا قال في الجواهر: (فما عن التذكرة من أن الأقرب عدم الدخول لا يخلو من نظر).

أقول: ومنه يعلم حال ما إذا بيع مع بعض الدار لا مع البعض، كما إذا باع السرداب الذي فيه البئر ذات الدولاب مثلاً، وكذلك إذا باع قطعة من البستان التي فيها الناعورة.

كما يعلم حال ما إذا باع البستان الذي فيه المضخة للماء، أو باع المضخة وحدها، أو باع بعض البستان معها، لوحدة الملاك في الجميع.

((**حبال الدلاء وما أشبه**))

ثم قال الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: (كما لا خلاف ولا إشكال بينهم في

أنه لا تدخل الحبال التي تركب عليها الدلاء في الشفعة، لأنه من المنقول، كالدلاء بنفسها إلاّ على القول بعموم الشفعة في المبيعات).

وقد سبق مفتاح الكرامة والجواهر حيث قال عند قول العلامة: (ولا تدخل الحبال التي تركب عليها الدلاء) كما في الشرائع وغيرها.

وفي مجمع البرهان: (يمكن عدم الخلاف فيه، لأنها منقولة حقيقة كما هو ظاهر، بناءً على عدم الثبوت فيما ينقل) انتهى.

لكن ربما يستشكل في ذلك إذا كان مما لا يعد منقولاً، فحال الحبال حال العريش في البستان، ولذا كان الظاهر دخوله في البيع أيضاً إلاّ إذا كانت قرينة على الخلاف، ولا نقول به في الشفعة من باب التلازم مع البيع، وإنما نقول به في الشفعة من باب شمول الأدلة له، إذ أي فرق بين الرفوف القابلة للحمل والنقل لكونها تعد جزءاً من الدار، وبين مثل الحبال.

ومثل الحبال حال الكر الموضوع في البيت الذي يعد جزءاً من البيت، على ما تقدم في القدور المثبتة.

وكذلك حال الأسلاك الكهربائية، والأسلاك والحبال التي تمد لأجل نشر الثياب ونحوها عليها إذا كانت ثابتة، وكذلك الحواجز من الشمس والمطر ونحوهما، وكذلك حال عداد الماء وعداد الكهرباء، إلى غير ذلك من الأمثلة.

((الشفعة في الثمار))

قال في الشرائع مازجاً مع الجواهر: (ولا إشكال في أنه لا تثبت الشفعة في الثمرة مؤبرة كانت أو لا، وإن بيعت على رؤوس النخل أو الشجر منضمة إلى الأصل وإلى الأرض، لأنها قد صارت من المنقول، إذ لا يراد دوامها، وإنما لها أمد معين منتظر فليست هي من التوابع الثابتة ولا داخلة في مفهوم البستان، ولذا لا تدخل في بيع الأصل بعد ظهورها) انتهى.

وقال في القواعد: (ولا في الثمرة، وإن بيعت على شجرها مع الأرض).

وفي مفتاح الكرامة نقله عن الخلاف وفقه الراوندي والشرائع والتذكرة والتحرير والإرشاد والدروس وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان والكفاية.

وفي المسالك: إنه أشهر.

والمخالف الشيخ في المبسوط، قال: تثبت في الزرع والثمار إذا دخلت في المبيع بالشروط، وبه قال أبو حنيفة ومالك، ونظر الأصحاب إلى الأصل، وأنها صارت بحكم المنقول، وفي معناها الزرع كما صرح به في الخلاف وفقه الراوندي والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمسالك وغيرها.

أقول: لا إشكال أنه إذا باع الثمرة وحدها أو الزرع وحده أو الزوائد على الشجر أو الماء في البئر أو في النهر أو الحيوانات الموجودة في الأرض التي تنتفع بها كالدود في البستان ونحوه لم يكن فيها شفعة.

كما أنه إذا باع الأصول وحدها مع الأرض أو الأرض لم يكن في المذكورات شفعة، أما إذا باع البستان أو الدار فالظاهر دخول الثمر والزرع والديدان وماء البئر والنهر ونحوها، وأن هذا هو المنصرف من الأدلة، فالقول بعدم الدخول مشكل، والاستدلال بأنها قد صارت من المنقول كما تقدم غير ظاهر الوجه، وهل يقولون بعدم دخول ماء البئر والنهر وزوائد الأشجار ونحوها، فإن قالوا بعدم الدخول كان خلاف ظاهر أدلة الشفعة حسب تلقي العرف من الألفاظ الواردة فيها، وإن قالوا بالدخول قلنا ما الفرق بين الأمرين.

وكذا الحال في الفسيل المعد للقلع والزهر كذلك.

أما إذا قلع الفسيل والزهر أو أخذ الماء مثلاً في أوان أو قطف الثمر أو

قطف الزهر أو ما أشبه، فلا ينبغي الإشكال في عدم دخولها في الشفعة.

ثم إنه لا شفعة في الأرض المقسومة وكذلك غيرها من المقسومات، نعم يحكى عن العماني القول بذلك.

وفي الجواهر: (يمكن دعوى أنه مسبوق بالإجماع وملحوق به، مضافاً إلى الأصل والنصوص المستفيضة أو المتواترة المروية من طريقي العامة[1] والخاصة[2]) انتهى.

كقوله (عليه السلام): «لا شفعة إلاّ لشريك غير مقاسم»[3].

إلى غيره من متواتر الروايات التي تقدمت جملة منها.

ولعل مستند العماني ما رواه الغوالي، عن قتادة، عن الحسن، عن سمرة، عن النبي (صلى الله عليه وآله)، إنه قال: «جار الدار أحق بدار الجار والأرض»[4].

وعن مجموعة الشهيد، عنه (صلى الله عليه وآله) مثله، إلاّ أنه أسقط قوله: «والأرض»[5].

لكن أمثال هذه المراسيل لا تصلح سنداً للحكم، خصوصاً وأن في الطريق مثل قتادة والحسن وسمرة.

---

(١) انظر السنن الكبرى: ج٦ ص١٠٢.

(٢) الوسائل: ج١٧ ص٣١٧ الباب ٣ من الشفعة ح٧.

(٣) الوسائل: ج١٧ ص٣١٦ الباب ٣ من الشفعة ح٢.

(٤) المستدرك: ج٣ ص١٤٩ الباب ١١ من الشفعة ح١٥.

(٥) المستدرك: ج٣ ص١٤٩ الباب ١١ من الشفعة ذيل الحديث ح١٥.

((**لا شفعة في الأراضي المقسومة**))

(**مسألة ٤**): قال في الشرائع: (وتثبت في الأرض المقسومة بالاشتراك في الطريق أو الشرب إذا بيع معها، ولو أفردت الأرض المقسومة بالبيع لم تثبت الشفعة في الأرض).

وقال في المسالك: (مذهب الأصحاب إلاّ ابن أبي عقيل، اشتراط الشركة بالفعل في ثبوت الشفعة، فلا يثبت بالجوار، ولا فيما قسم، لما تقدم من الأخبار وغيرها، واستثنوا منه صورة واحدة، وهي ما إذا اشترك في الطريق أو الشرب وباع الشريك نصيبه من الأرض ونحوها ذات الطريق أو الشرب وضمهما أو أحدهما إليها، فإن الشفعة تثبت حينئذ في مجموع المبيع، وإن كان بعضه غير مشترك.

ولو أفرد الأرض أو الدار ذات الطريق أو الشرب بالبيع من دون أن يضمهما أو أحدهما إليهما فلا شفعة، ولو عكس فباع نصيبه من الطريق أو الشرب خاصة تثبت الشفعة فيه إذا كان واسعاً يمكن قسمتة منفرداً، لأنه حينئذ مستقل بنفسه فيعتبر فيه ما يعتبر في الشقص المشفوع، بخلاف ما إذا كان منضماً إلى غيره) انتهى.

وفي الجواهر: (بلا خلاف أجده فيه، كما اعترف به بعضهم، بل في محكي الخلاف الإجماع عليه، وإن كان قد اقتصر على الطريق كالمقنع والمهذب والوسيلة، تبعاً لما تسمعه من النص، وإلاّ فأكثر الفتاوى على عدم الفرق بينه وبين النهر والساقية، وفي بعضها التعبير بالشرب، بل في آخر التصريح بالبئر، وظاهرهم الاتفاق على عدم الفرق بين الدار والبستان) انتهى.

وفي مفتاح الكرامة عند قول العلامة: (ولا فيما قسم وميز إلاّ مع الشركة في الطريق أو النهر إذا ضمهما البيع) قال: (كما في المقنعة والنهاية والمبسوط

والكافي والمراسم وفقه الراوندي والغنية والسرائر والشرائع والنافع والتذكرة والتحرير والإرشاد والتبصرة وشرح الإرشاد للفخر والدروس واللمعة وجامع المقاصد وتعليق الإرشاد والمسالك والروضة ومجمع البرهان والكفاية والمفاتيح والرياض، وفي الأخيرين إنه لا خلاف فيه، وهو كذلك).

إلى أن قال: (والإجماع معلوم على إلحاق الشرب والنهر والساقية به، ولعله لأن المناط منقح، إذ لا فرق في ذلك بين الدار والبستان وبين الطريق والنهر) انتهى.

والأصل في ذلك صحيح منصور بن حازم، (ووجود إبراهيم بن هاشم قد ذكرنا في بعض كتبنا الفقيهة، تبعاً للفقيه الهمداني وغيره، أنه لا يجعل الرواية حسنة، ولعله لذا عبر عنه في الحدائق بالصحيح أو الحسن بإبراهيم بن هاشم)، قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن دار فيها دور وطريقهم واحد في عرصة الدار، فباع بعضهم منزله من رجل، هل لشركائه في الطريق أن يأخذوا بالشفعة، فقال: «إن كان باع الدار وحول بابها إلى طريق غير ذلك فلا شفعة لهم، وإن باع الطريق مع الدار فلهم الشفعة»[1].

وربما أيد أيضاً بحسنه الآخر بالكاهلي (كما سماه الحدائق حسنة، خلافاً للمحكي عن العلامة في التذكرة وآخرون ممن تبعوه منهم الشهيد الثاني في المسالك، حيث سموها صحيحة، وفي الجواهر: لعله كذلك: أي صحيح)، قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): دار بين قوم اقتسموها فأخذ كل واحد منهم قطعة فبناها، وتركوا بينهم ساحة فيها ممرهم، فجاء رجل فاشترى نصيب بعضهم أله ذلك،

(١) الوسائل: ج١٧ ص٣١٨ الباب ٤ من الشفعة ح١.

قال: «نعم، ولكن يسد بابه ويفتح باباً إلى الطريق، أو ينزل من فوق السطح ويسد بابه، فإن أراد صاحب الطريق بيعه فإنهم أحق به، وإلا فهو طريقه يجيء حتى يجلس على ذلك الباب»[1].

وفي التهذيب والاستبصار كما في الوسائل نحوه، إلاّ أنه قال: «أو ينزل من فوق البيت، فإن أراد شريكهم أن يبيع منقل قديمه فهم أحق به، وإن أراد يجيء حتى يقعد على الباب المسدود الذي باعه لم يكن لهم أن يمنعوه»[2].

قال في الوسائل: حمله الشيخ على التقية، لما يأتي من عدم ثبوت الشفعة مع تعدد الشركاء، وجوز حمله على وحدة الشريك، ويكون الكلام مجازاً.

وفي الرضوي (عليه السلام): «فإذا كانت دار فيها دور وطريق أبوابها في عرصة واحدة فباع رجل داره منها من رجل كان لصاحب الدار الأخرى شفعة إذا لم يتهيأ له أن يحول باب الدار التي اشتراها إلى موضع آخر، فإن حول بابها فلا شفعة لأحد عليه»[3].

قال في الحدائق: (والظاهر أن قوله: إذا لم يتهيأ له أن يحول إلى آخره كناية عن دخول الطريق في البيع وعدمه بمعنى أنه أن باع الدار وحدها من غير دخول الطريق معها، فلاشفعة، لما عرفت من عدم موجب الشفعة، وإن أدخل الطريق في البيع وعدم امكان طريق له غير ذلك فله الشفعة في الجميع) انتهى.

ومثل الرضوي (عليه السلام) عبارة المقنع[4] التي هي أيضاً متون الروايات، وقد

---

(١) الوسائل: ج١٧ ص٣١٨ الباب ٤ من الشفعة ح١.

(٢) الاستبصار: ج٣ ص١١٧، ورواه في الوسائل: ج١٧ ص٣١٩ الباب ٤ ح٣.

(٣) المستدرك: ج٣ ص١٤٧ الباب ٤ من الشفعة ح٢.

(٤) المستدرك: ج٣ ص١٤٧ الباب ٤ من الشفعة ح٣.

أشكل صاحب المسالك في الصحيحة الثانية أو الحسنة لمنصور بن حازم[1]، قائلاً: (وظاهر هذه أن بائع الدار لم يبع نصيبه من الساحة المشتركة، فلذلك أمر أن يسد بابه ويفتح له باباً إلى الطريق، أو يترل من فوق البيت، ولم يذكر الشفعة حينئذ لعدم مقتضيها، ولو فرض بيعه لحصته بالعرصة التي هي الممر جاز للشركاء أخذها بالشفعة، لتحقق الشركة فيها دون الدار، لأنه لم يبعها معها) انتهى.

ومنه يعرف وجه الإشكال في الموثقة الثالثة لمنصور، وقد تبعه الجواهر في الإشكال على الروايتين بعدم دلالتها على المقصود.

ثم إن مفتاح الكرامة قال: (إن إطلاق الأخبار يقتضي بعدم الفرق في ثبوت الشفعة بين كون الدار وما في معناها مقسومة بعد أن كانت مشتركة، أو منفردة من أصلها، وبعدم الفرق صرح في التذكرة والمسالك والروضة والكفاية والرياض وهو ظاهر المقنع والنهاية والمبسوط والخلاف والمهذب وفقه الراوندي والغنية والسرائر والتبصرة والمفاتيح) انتهى.

وذلك لأن السؤال وإن كان شخصياً، إلاّ أن جواب الإمام (عليه السلام) بالإطلاق يقتضي أن لا يكون هناك فرق بين الأمرين.

ومنه يعلم وجه النظر في تخصيص جماعة من الفقهاء بما إذا كانت الأرض مقسومة مع الاشتراك في الطريق، كما حكي عن الوسيلة والشرائع والنافع والتحرير في موضع منه والإرشاد والمختلف والدروس واللمعة والقواعد.

((فروع))

ثم إنه يستفاد من الصحيح المذكور[2]، أن الحكم كذلك فيما إذا باع أحد

---

(١) الوسائل: ج١٧ ص٣١٨ الباب ٤ من الشفعة ح٢.

(٢) الوسائل: ج١٧ ص٣١٨ الباب ٤ من الشفعة ح١.

الشريكين أو الشركاء بعض حصته في الدار الواحدة، أو البستان الواحد مثلاً، كما إذا كان للشريكين دار فباع أحدهما نصف حصته أي الربع مثلاً، إذ لو كان بيع المشفوع وغير المشفوع يوجب حق الشفعة يكون بيع بعض المشفوع موجباً لها بطريق أولى، بالإضافة إلى «لا ضرر» وبعض الإطلاقات، كما أنه يقتضي أن يكون الحكم كذلك إن باع أحد أصحاب الدور بعض داره مع بعض الطريق.

ومما تقدم يعلم أن إشكال جامع المقاصد في الرواية بأن ضم غير المشفوع إلى المشفوع لا يوجب ثبوت الشفعة في غير المشفوع اتفاقاً، وأن الصحيحة معارضة بروايات: «لا شفعة إلاّ لشريك غير مقاسم»[1] وما أشبه، غير ظاهر الوجه، لأنه لا اتفاق في المقام، بل الظاهر كون الاتفاق على خلافه، والعام لا يعارض الخاص، ولذا رده المسالك ومفتاح الكرامة والجواهر، بل في المسالك: إن كلامه عجيب.

قال في مفتاح الكرامة: وتبعه الجواهر، وليس في الروايات تعرض لكون الطريق مما يقبل القسمة، فقد شرط ذلك في الشرائع والتذكرة وجامع المقاصد والروضة، وكذلك المسالك إذا بيعت منفردة.

وفي جامع المقاصد: إنه لا ريب فيه، قلت: لأنه يشترط ذلك في كل مشفوع على المشهور، ثم رد ذلك بقوله: فيه مع مخالفته للإطلاق أن قبول القسمة شرط للمجموع، لا لأبعاضه.

وفي الكفاية والرياض: إن الأقوى عدم اعتباره مطلقاً.

وقال في التذكرة: (الأقرب عندي أن الطريق إن كان مما يمكن قسمته، والشريك واحد، وبيع مع الدار المختصة بالبائع صفقة، فللشريك الآخر أخذ

(١) انظر الوسائل: ج١٧ ص٣١٦ الباب ٣ من الشفعة.

الطريق الخاصة إن شاء، وإن شاء أخذ الجميع، وإن لم يمكن قسمته لم يكن له أخذه خاصة، بل إما أن يأخذ الجميع أو يترك) انتهى.

لكن كون الشريك واحداً خلاف ظاهر النص بل صريحه، ولذا فلا يبعد أن يقال: إن هذا قسم جديد في الشفعة، فلا يشترط فيه ما يشترط هناك، فحمل الشيخ الرواية[1] على التقية، لعدم ثبوت الشفعة مع تعدد الشركاء، وجوز حملها على وحدة الشريك، فيكون الكلام مجازاً، غير ظاهر الوجه.

وكيف كان، فلا وجه ظاهر لاشتراط كون الطريق قابلاً للقسمة، بالإضافة إلى ما عرفت سابقاً من أن هذا الشرط ليس له مدرك يطمئن إليه من الأخبار، وإن كان مشهوراً في كلامهم.

((بيع الدار مع الطريق))

ثم إنه حيث كان الظاهر من روايات الشفعة أن للشفيع أن يأخذ الجميع أو يترك الجميع، فهنا أيضاً كذلك، فإذا باع الدار مع الطريق فللشفيع إما أن يأخذهما أو يتركهما، أما أن يأخذ أحدهما دون الآخر، فليس لذلك وجه إذا لم يرض المشتري.

ثم الظاهر إذا كان البيع واقعاً على الدار والطريق لم يفرق الأمر بين أن تكون الدار مشتركة بين اثنين، والطريق بين ثلاثة، أو بالعكس.

أما إذا كانت الدار مشتركة، والطريق لأحدهم، فباع داره وطريقه، فلا شفعة إذ لا اشتراك في شيء مبيع، وإنما كان منح لهم مثلاً بالعبور في طريقه، أو كان لهم الحق في العبور لوجه آخر.

ومما تقدم ظهر وجه النظر في تردد مفتاح الكرامة، حيث قال: (يبقى الكلام فيما إذا كانت الدار مشتركة بين اثنين، ومجازها مشترك بين ثلاثة،

---

(١) الوسائل: ج١٧ ص٣١٩ الباب ٤ من الشفعة ح٣.

ففي ثبوت الشفعة وعدمها وجهان، من دخول المجاز في مفهوم الدار في البيع من غير خلاف، فقد بنوا على ذلك في الباب أحكاماً كثيرة، وأنها على خلاف الأصل فلا تثبت الشفعة، ومن حصول الضرر بالقسمة الذي هو الأصل في ثبوت الشفعة، وهو محل وفاق بين الخاصة والعامة إلاّ من المرتضى، وبه صرح خبر عقبة[1]، وقولهم (عليهم السلام): «لا شفعة إلا لشريك غير مقاسم»[2] فتثبت، و لم أجد لأصحابنا تصريحاً بذلك، والمسألة محل توقف، لكنا إن لم نقل بها ذهبت الشفعة آخر الدهر في الدور التي في الطريق المرفوع، مع أنه هو الغالب ولهم أن يلتزموه ولا حجر في ذلك) انتهى.

ثم إنه إذا اشترى هذا الإنسان بعض الدور من أحدهم، وبعض الطريق من الآخر، فالظاهر أنه لا شفعة، وإن كان المناط المذكور في الرواية قائماً هنا، إلاّ أنه غير متيقن بحيث يقطع بالحكم.

ثم إنه قال في التذكرة: (ولو كانت المزرعة مختصة وبئرها التي يستسقى الزرع منها مشتركة فبيعت المزرعة والبئر، ففي ثبوت الشفعة في المزرعة بمجرد الشركة في البئر إشكال، ينشأ من الاقتصار على مورد النص فيما يخالف الأصل، ولا شك في مخالفة الشفعة للأصل، ومن أنها مشتركة في المستقى، والشافعي ألحق الشركة في البئر بالشركة في الممر) انتهى.

والظاهر أنه ما لم يقطع بالمناط لم يكن أن يقال به.

ومثله لو كانت الدور مشتركة في عداد الكهرباء مثلاً، أو في أنبوب الماء، أو نحو ذلك.

---

(١) الوسائل: ج١٧ ص٣١٩ الباب ٥ من الشفعة ح١.

(٢) الكافي: ج٥ ص٢٨١ باب الشفعة ح٦.

ولذا أشكل في الجواهر على التذكرة، حيث قال: (لا يخفى عليك ما في الوجه الثاني بعد فرض عدم الدليل عليه، بل مطلق الشرب إن لم يكن إجماعاً، و لم نتحققه، خصوصاً بعد ما سمعته من الاقتصار على الطريق في الكتب السابقة، ومن ذلك يعلم عدم ثبوتها في الدار بالشركة في أسّ الجدار ونحوه، للأصل المعتضد بظاهر النص والفتوى، وإن ثبتت فيه نفسه) انتهى.

ومنه يعلم ما إذا كانت الشركة في حائط في الدار مثلاً أو نحو ذلك، أما إذا باع الدار وبعض الطريق، أو بعض الدار وكل الطريق المختص به، فلا يبعد ثبوت الشفعة لظهور المناط.

وإن قال في الجواهر: (إن المتجه بملاحظة ما ذكرناه من أصالة عدم الشفعة، وخصوصاً في صورة الاشتراك في الطريق، الحكم بعدمها في محال الشك حتى لو فرض حصوله ببيع بعض الدار مثلاً وبعض الطريق ونحوه من الصور، حيث لا يحكم بها، باعتبار كون المنساق من النص بيع الدار مع تمام ممرها، إلاّ أن يفرض القطع بعدم مدخلية ذلك، أو الظن على وجه معتد به) انتهى.

إذ الظاهر أن العرف يفهم وحدة المناط.

ولا فرق في ذلك بين أن يكون البيع نقداً أو نسيئة، أو بعضها نقداً وبعضها نسيئة، كما لا فرق بين أن يكون البائع معتقداً بالشفعة أو لا، إذا كان المشتري والشريك معتقداً بها كما تقدم.

أما إذا اختلفا في الاعتقاد، فاللازم مراجعتهما إلى قاض يحكم برأيه، وهو منفذ عليهما، ولو كانا كلاهما مجتهدين وكان للقاضي رأي ثالث في بعض الخصوصيات، كما ذكرناه في كتاب القضاء وغيره.

والظاهر أنه لا خصوصية في الطريق أن تكون منبسطة، فلو كان الطريق درجاً يشتركان فيه ويشرع بابهما على الدرج، كان الحكم كذلك.

ومثل الدار

في الحكم المذكور إذا كان هناك دكانان لهما طريق واحد، أو كان هناك غرفتان أو سردابان أو ما أشبه، ولهما مصعد يتزلهما إلى تحت، فإنه أيضاً كالدرج نوع من الطريق.

لكن إذا كانت الداران على بحر، وطريقهم في العبور سفينة مشتركة بينهما، يشكل سحب الحكم إليه، اللهم إلاّ أن يفهم المناط، خصوصاً بمعونة «لا ضرر»، ولا يبعد أن يكون الطريق المائي الموجود بين البيوت الخشبية الموضوعة على الماء، كما يتعارف في البلاد التي تضيق المدن بسبب البحر على أهلها، حيث يجعلون فيها البيوت الخشبية كالهند وغيرها، محكوماً بذلك الحكم، إذ لا خصوصية للطريق الترابي، والانصراف بدوي، ولو قيل به أمكن استفادة الحكم من المناط.

((روايات الباب))

ثم إن المشهور هنا حمل الصحيحة على أحد أمرين:

إما على التقية في ثبوت الشفعة مع تعدد الشركاء أكثر من الاثنين.

وإما على حمل الجمع على الاثنين، وذلك لمنافاة الصحيح للروايات التي تقدمت بعضها [1]، ويأتي الكلام فيها مما تدل على عدم ثبوت الشفعة في أكثر من اثنين، فالمحكي عن الشهيد في الدروس أنه أجاب عن روايتي منصور[2] بالحمل على التقية، قال: لموافقتهما لمذهب العامة، واستجوده الحدائق وقال: ويمكن الجواب أيضاً بحمل الجمع على الاثنين، فإنه وإن كان

(١) الوسائل: ج١٧ ص٣١٥ الباب ١ ح١ و٢.

(٢) الوسائل: ج١٧ ص٣١٨ الباب ٤ ح١ و٢.

مجازاً على المشهور بين الأصوليين إلاّ أنه لا بأس به في مقام الجمع بين الأخبار، وإليه يميل كلام المحقق الأردبيلي في شرح الإرشاد، ونقله أيضاً عن الاستبصار.

قال: (فإنه يصح إطلاق الجمع على الاثنين بل على الواحد كالقوم وإن كان مجازاً، للجمع بين الأدلة)، ثم ذكر الحمل على التقية أيضاً، ثم قال الحدائق: (ويؤيده ما قدمنا نقله من كتاب الفقه الرضوي (عليه السلام)[1]، حيث إن ظاهر عبارته كون الشريك في هذه الصورة المفروضة في هذين الخبرين واحداً، كما قدمنا الإشارة إليه) انتهى.

لكن لا يخفى أن التخصيص مقدم على الحمل على التقية أو المجاز وما أشبه، لأنه مقتضى الجمع عرفاً، خصوصاً الصحيح[2] صريح في مفاده بتعدد الشركاء.

أما رواية الرضوي (عليه السلام) فهي هذه: «فإذا كانت دار فيها دور وطريق أبوابها في عرصة واحدة، فباع رجل داره منها من رجل، كان لصاحب الدار الأخرى شفعة إذا لم يتهيأ له أن يحول باب الدار التي اشتراها إلى موضع آخر، فان حول بابها فلا شفعة لأحد عليه»[3].

وهذه العبارة ليست كما ذكرها الحدائق صريحة في عدم كثرة الشركاء، بل لعل ظهورها في التعدد كما في صدرها أقوى من ظهورها في الاثنينية، نعم لا شك أنه المشهور.

قال في التذكرة: (الأقرب عندي أن الطريق إن كان مما يمكن قسمته والشريك واحد وبيع مع الدار المختصة بالبائع صفقة، فللشريك الآخر أخذ الطريق خاصة

---

(١) المستدرك: ج٣ ص١٤٧ الباب ٤ ح٢.

(٢) الوسائل: ج١٧ ص٣١٨ الباب ٤ ح١.

(٣) المستدرك: ج٣ ص١٤٧ الباب ٤ ح١.

إن شاء، وإن شاء أخذ الجميع، وإن لم يمكن قسمته لم يكن له أخذه خاصة، بل إما يأخذ الجميع أو يترك).

وأيده الجواهر بقوله: (وربما ظهر مما سمعته من التذكرة من وحدة الشريك اعتبار ذلك في صحة الشفعة في الفرض، بناءً على عدم ثبوتها في الكثرة، ولعله كذلك، وإن تردد فيه بعض المعاصرين، لكنه في غير محله، لما تسمعه من الأدلة باعتبار ذلك في الشفعة، من غير فرق بين الفرض وغيره، ودعوى ظهور سؤال الصحيح المزبور في التعدد، مضافاً إلى معروفية ذلك في الطرق المرفوعة واضحة الفساد، يمكن أن يكون ترك التعرض للسؤال المزبور للتقية، كما في غيره من النصوص الظاهرة في ذلك، أو على المجاز جمعاً بينه وبين ما دل على عدمها مع الكثرة، وتعارف التعدد في الطرق المرفوعة لا يقتضي ثبوت الشفعة فيها كما هو واضح. واحتمال خروج الفرض بخصوصه عن حكم الكثرة في غاية البعد، خصوصاً بعد إطلاق الأصحاب، من دون إشارة إلى استثنائه كما ستعرف)[1] انتهى.

فإن فيه ما تقدم من الإشكال في كل من التقية والمجاز والمعارضة بأخبار اشتراط الاثنينية.

والحاصل: إن مقتضى الصناعة لولا الشهرة هو القول بذلك مع تعدد الشركاء، خصوصاً بعد تعارف التعدد في الطرق المرفوعة، فإنه كثيراً ما يموت المورث ويقسم الورثة داره بينهم ويبقى الطريق للجميع واحداً، فعدم

---

(١) الجواهر: ج٣٧ ص٢٦٣.

التنبيه في الصحيح[1] على ذلك مع التعارف، بل وصراحته في التعدد، يوجب أن يكون الحكم كذلك حتى مع التعدد، إلاّ أن خلاف المشهور مشكل، وسيأتي بعض الكلام في ذلك في باب الشروط إن شاء الله تعالى.

ثم إنه يؤيد وجود الشفعة بين الجماعة في المقام المذكور ما رواه الدعائم، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، إنه قال: «لا شفعة إلاّ في مشاع، أو ما كان من طريق مشترك أو حائط معقود بخشب أو حجارة أو ما أشبه ذلك من البناء، ولأصحاب الزائقة غير النافذة على بعض باشتراط الزائقة»[2]، فإن قوله (عليه السلام): «ولأصحاب الزائقة» ظاهر في التعدد أكثر من الاثنين.

ثم إن الجواهر قال: (ظاهر المعظم إلحاق الشرب بالطريق في الحكم المزبور وإن كنا لم نجده في نصوصنا، بل ولا في نصوص العامة، فإن كان إجماعاً، وإلا كان محلاً للإشكال، خصوصاً بعد ما عرفت من أصالة عدم الشفعة في غير الفرض، فضلاً عنه.

وعلى الأول ينبغي الاقتصار على النهر والساقية، لأنه المتيقن منه، كما عساه يومي إليه تعبير المصنف به هنا، ثم نفاها بعد ذلك عن المقسوم إلاّ مع الشركة في الطريق والنهر، كما في التذكرة جعل العنوان النهر والساقية) انتهى.

أقول: الدليل على ذلك، بالإضافة إلى «لا ضرر»[3] المصرح به في النصوص، والإجماع المحتمل، والشهرة المحققة، ملاك الطريق، فكما أن ملاك الدار

---

(١) الوسائل: ج١٧ ص٣١٨ الباب ٤ ح١.

(٢) المستدرك: ج٣ ص١٤٨ الباب ٥ ح١.

(٣) الوسائل: ج١٧ ص٣١٩ الباب ٥ من الشفعة ح١.

يتعدى منه إلى البستان، كذلك ملاك الطريق يتعدى منه إلى الشرب.

ويويده ما رواه الدعائم، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، إنه قال: «لا شفعة إلاّ في مشاع»، إلى أن قال: «فإذا وقعت القسمة لم يكن بين صاحب العلو وصاحب السفل شفعة، إلاّ أن يكون بينهما شيء مشترك»[1]، فإن عموم قوله: «شيء مشترك» يشمل الشرب أيضاً.

وقد نقل في مفتاح الكرامة عن المفاتيح والرياض أنه لا خلاف فيه، عند قول العلامة: إلاّ مع الشركة في الطريق أو النهر إذا ضمهما البيع، ثم قال: ولعلهم إنما تركوا الشرب لعدم التعرض في الأخبار إلاّ للطريق، لكن الإجماع معلوم على إلحاق الشرب والنهر والساقية به.

ومن ذلك يظهر وجه النظر في اقتصار الجواهر على النهر والساقية، إذ الإجماع ونحوه أيضاً في غيرهما.

((الشفعة في البئر المشتركة))

نعم يمكن الإشكال في مثل البئر المشتركة بين الدور، كما هو المتعارف في البيوت في القرى والأرياف، حيث يحفرون بئراً في وسط دارين أو دور يكون استقاؤهم منها، وكذلك في البساتين المتعددة إذا كان المستسقى بئراً أو ناعوراً أو دلاءً أو ما أشبه، لأن الإجماع غير محقق، والدليل غير شامل، واحتمال أن «لا ضرر» يشمله وإن لم يكن بذلك البعد إلاّ أنه لا يتمكن أن يقاوم الحكم الذي هو خلاف الأصل.

ومن ذلك يعلم وجه ما ذكرناه سابقاً من عدم الشفعة فيما إذا كان أنبوب الماء أو عداد الكهرباء مشتركاً، أو مثل ذلك، وأولى بعدم الشفعة لو كان ثور

(١) المستدرك: ج٣ ص١٤٧ الباب ٤ من الشفعة ح١.

الكراب مشتركاً بين البساتين أو المزرعتين، أو كانت الدابة التي تنقل الفواكه إلى البلد مشتركة، أو ما أشبه ذلك، فإنه لاملاك، ورواية الدعائم و«لا ضرر»[1] لضعفهما دلالةً وسنداً لا يتمكنان من مقاومة الأصل الثابت عقلاً وشرعاً بتسلط الناس على أموالهم[2].

أما اقتصار الحدائق على الطريق فقط، حيث قال: (لا يخفى ما في الشفعة فيما إذا كان النهر فقط مشتركاً، لأن الحكم على خلاف أصولهم المقررة، والروايات المعتبرة من عدم جواز الشفعة في المقسوم، مؤيداً بأصالة عدم التسلط على مال الغير، فالواجب فيه الوقوف على مورد النص، كما قدروه في غير مقام).

فلا يخفى ما فيه، وتأييده بعدم ذكر المقنع والخلاف والمهذب والوسيلة بغير الطريق غير ظاهر، إذ عدم الذكر ليس ذكراً للعدم، ولا يضر ذلك بالإجماع وبطريق أولى بلا خلاف، خصوصاً بعد ما عرفت من الملاك و«لا ضرر» ورواية الدعائم.

---

(١) الوسائل: ج١٧ ص٣١٩ الباب ٥ ح١.

(٢) انظر الغوالي: ج٢ ص١٣٨.

((لو باع ما فيه الشفعة وما ليس فيه))

(مسألة ٥): قال في الشرائع: (ولو باع عرصة مقسومة وشقصاً من أخرى صفقة، فالشفعة في الشقص خاصة بحصته من الثمن).

وقال في القواعد: ولو ضم المقسوم أو ما لا شفعة فيه إلى ما فيه الشفعة، ثبت في الثاني بنسبة قيمته من الثمن.

وفي مفتاح الكرامة: (إجماعاً، كما في جامع المقاصد والمفاتيح، وقد نسبه في التذكرة إلى علمائنا مؤذناً بدعوى الإجماع عليه، وقد يظهر من المسالك حيث اقتصر في نسبة الخلاف إلى بعض العامة) انتهى.

وذلك لوضوح أن الدليل يشمل أحدهما دون الآخر.

وفي الجواهر: (وهكذا الحكم في كل بيع مشفوع وغيره صفقة، بلا خلاف ولا إشكال، بل حكي الإجماع عليه صريحاً وظاهراً، لوجود المقتضي فيه على وجه يندرج في إطلاق الأدلة دون غيره، واتحاد الصفقة لايخرج كلاً منهما عن حكمه) انتهى.

ومنه يعلم أن احتمال عدم وجود الشفعة في المشفوع، لأن ظاهر الأدلة البيع مستقلاً لا بانضمام غيره، غير ظاهر بعد إطلاق الأدلة والملاك و«لا ضرر» وغيره، والانصراف لو كان فهو بدوي.

هذا بالإضافة إلى أن البيع منضماً على قسمين، فقد يكون بعنوان أن كل واحد جزء، وقد يكون بعنوان أنهما مستقلان وإنما الصيغة واحدة، كنكاح الزوجتين لرجلين في صيغة واحدة، حيث إنهما مستقلان والصيغة واحدة، والاحتمال في انصراف الأدلة لو كان إنما هو فيما كانا جزئين، لا ما كانا مستقلين بصيغة واحدة.

قال في مفتاح الكرامة: (ولا فرق بين كون غير المشفوع من مصالح

المشفوع كبقر الضيعة وعدمه، و لم يخالف في ذلك سوى مالك إلاّ إذا كان غير المشفوع طريقاً أو شرباً كما تقدم، ولا يثبت للمشتري في المسألة الخيار لتبعض الصفقة، لأنه هو الذي أدخله على نفسه، إلاّ إذا كان جاهلاً) انتهى.

ومنه يعلم وجه النظر في قول الجواهر، حيث قال: (مقتضى التعليل الثاني، الذي ذكره المصنف وغيره، فيما يأتي عدم الفرق في ذلك بين الجاهل والعالم)[1]، أي في عدم الخيار، فإنه لا وجه لعدم الفرق.

أمّا ما ذكره المحقق والعلامة من أنه بالحصة من الثمن، وبيّنه مفتاح الكرمة والجواهر (بأن المراد به قيمته من الثمن أن يقوّم المجموع ثم يقوم المشفوع، فينسب قيمته إلى مجموع القيمتين فيأخذ من الثمن بتلك النسبة، فإذا قيل قيمة المجموع مثلاً مائة، وقيمة المشفوع خمسون، أخذه الشفيع بنصف الثمن) انتهى.

فهو من باب المثال، إذ ربما يكون للمجموع من حيث المجموع قيمة، كما في مثل زوجي الحذاء ومصراعي الباب، فليس المثال مستقيماً على كل حال.

وسيأتي بعض فروع الخيار في المسألة، وأنه فرق بين كون بيعين في بيع، أو أن يكون بيعاً واحداً، كما هو كذلك في مثل خيار الغبن والعيب وبعض الخيارات الأخر.

(١) جواهر الكلام: ج٣٧ ص٢٦٥.

((**الشفعة في المبيع فقط**))

(**مسألة ٦**): قال في الشرائع: (ويشترط انتقال الشقص بالبيع، فلو جعله صداقاً أو صدقة أو هبة أو صلحاً فلا شفعة).

وفي مفتاح الكرامة عند قول العلامة: (وإنما تثبت لو انتقلت الحصة بالبيع، فلو وهب الشقص بعوض، أو جعله صداقاً أو عوضاً عن صلح أو غير ذلك لم تثبت الشفعة) قال: (إجماعاً كما في السرائر والتذكرة وجامع المقاصد ومجمع البرهان، وهو مجمع عليه اليوم كما في التنقيح، وهو المشهور بل كاد يكون إجماعاً كما في المسالك، وقول ابن الجنيد شاذ كما في الدروس، وفي المختلف والكفاية أنه المشهور، وقال في المبسوط: إذا تزوج وأصدقها شقصاً، فإنه لا يستحق الشفيع عليها الشفعة بإجماع الفرقة وأخبارهم) انتهى.

وفي الجواهر عند قول الشرائع المتقدم: (حكى الإجماع عليه جماعة، ولعله كذلك، لأن خلاف ابن الجنيد في ذلك حيث أثبتها في الهبة بعوض وغيره، غير قادح في محصل الإجماع، فضلاً عن محكيه) انتهى.

أقول: ويدل على ذلك بالإضافة إلى الأصل (وربما يقال: بأن هنا أصولاً: أصل سلطة المشتري، وأصل عدم الانتقال إلى الشفيع، وأصل عدم حق الشفيع في ذلك) رواية الغنوي المتقدمة، حيث قال (عليه السلام): «الشفعة في البيوع»[1].

ورواية يونس: «الشفعة جائزة في كل شيء»، إلى أن قال: «إذا كان الشيء بين شريكين فباع أحدهما نصيبه فشريكه أحق به من غيره»[2].

---

(١) الوسائل: ج١٧ ص٣١٦ الباب ٧ من الشفعة ح١.

(٢) الوسائل: ج١٧ ص٣٢١ الباب ٧ من الشفعة ح٢.

ورواية الغوالي: «فإن باعه فشريكه أحق به»[1].

والرضوي (عليه السلام): «إذا كان الشيء بين الشريكين فباع أحدهما فالشريك أحق به من الغريب»[2].

إلى غيرها من الروايات التي ذكرت فيها لفظ البيع.

ويؤيده ما رواه الدعائم، عن الصادق (عليه السلام)، إنه قال: «إذا دفع الرجل الحصة في صداق امرأته فلا شفعة»[3].

بل ربما استدل أيضاً بصحيح أبي بصير، عن الصادق (عليه السلام)، قال: سألته عن رجل تزوج امرأة على بيت في دار وله في تلك الدار شركاء، قال: «جائز له ولها، ولا شفعة لأحد من الشركاء عليها»[4].

لكن لا دلالة في هذه الرواية، لاحتمال أن نفي الشفعة من جهة تعدد الشركاء، نعم استدل بها غير واحد بناءً على ظهور نفيها من حيث كونه صداقاً، لا من جهة أخرى، وعليه فما عن المسالك والمفاتيح من أنه ليس على الاختصاص دليل صريح، محل نظر.

كما يظهر بذلك وجه النظر في قول ابن الجنيد على ما حكاه عنه المختلف، حيث قال: (إذا زال ملك الشريك عنه بهبة منه بعوض شرط يعوضه أياه، أو غير عوض، كانت للشفيع شفعة فيه، فإن حبس ملكه أو أسكنه لم يكن للشفيع شفعة، ثم نقل عنه أنه احتج بأن الحكمة الباعثة لإيجاب الشفعة في صورة البيع موجودة في غيره من عقود المعوضات، ولا اعتبار بخصوصيات العقود في نظر الشارع، فإما أن يثبت الحكم في الجميع، أو ينتفي عن الجميع، فإثباته في البعض دون البعض ترجيح من غير مرجح) انتهى.

---

(١) المستدرك: ج٣ ص١٤٧ الباب ١ من الشفعة ح١.

(٢) المستدرك: ج٣ ص١٤٧ الباب ١ من الشفعة ح.

(٣) المستدرك: ج٣ ص١٤٧ الباب ٩ من الشفعة ح٢.

(٤) الوسائل: ج١٧ ص٣٢٥ الباب ١١ من الشفعة ح٢.

إذ فيه: إن مثل هذا الاستدلال إنما هو استدلال بالملاك والمناط وهو غير قطعي، فلا يمكن أن يؤخذ به، ولذا كان المحكي عن المختلف أنه أجاب عنه بأن الحكمة لا يجوز التعليل بها، لعدم انضباطها، فلابد من ضابط، ولما رأينا صور ثبوت الشفعة موجود فيها مطلق البيع جعلناه ضابطاً للمناسبة والاقتران على أن القياس عندنا باطل.

ولذا قال في الحدائق: (إن مقتضى الدليل العقلي والنقلي، كتاباً وسنةً والإجماع، هو عدم جواز التصرف في مال الغير إلاّ بإذن منه، والشفعة قد خرجت على خلاف مقتضى هذه الأدلة المتفق عليها وعلى قوتها والاعتماد عليها، وحينئذ فلابد في كل فرد ادعي فيه جواز الشفعة من دليل واضح من الكتاب أو السنة أو الإجماع الذي يعتمدونه ليمكن الخروج به عما اقتضته هذه الأدلة المذكورة، فمدعي الجواز في الانتقال بغيره عليه الدليل ليخرج عن عموم تلك الأدلة القاطعة المانعة من جواز التصرف في مال الغير إلاّ بإذنه) انتهى.

ثم الظاهر أنه يثبت حق الشفعة في كل أقسام البيع الصحيحة عند الشارع، بل وحتى فيما إذا كان البيع من قبيل الكلي في المعين، أو من قبيل المشاع، لإطلاق تلك الأدلة.

أما ما في رواية الدعائم، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، إنه قال: «لا شفعة إلاّ في مشاع»[1]، فالظاهر أنه في قبال المقسوم، لا في قبال الكلي في المعين، لأن الكلي في المعين أيضاً يصطلح عليه بالمشاع عرفاً ولغةً.

والحاصل: إن المتبادر من المشاع أعم منهما، فلا يختص بالمشاع في قبال الكلي في المعين.

(١) المستدرك: ج٣ ص١٤٧ الباب ٤ من الشفعة ح١.

((لو كانت الدار وقفاً وطلقاً))

(**مسألة ٧**): قال في الشرائع: (ولو كانت الدار وقفاً وبعضها طلقاً، فبيع الطلق، لم يكن للموقوف عليه شفعة، ولو كان واحداً، لأنه ليس مالكاً للرقبة على الخصوص، وقال المرتضى: تثبت الشفعة).

وفي القواعد: (ولو كان الشريك موقوفاً عليه ثبتت الشفعة في الطلق إن كان واحداً على رأي).

وفي مفتاح الكرامة: (عليه المتأخرون، كما في الدروس وجامع المقاصد والمسالك والمفاتيح، وعليه الفتوى كما في التنقيح، وهو خيرة السرائر والتحرير والتبصرة والمختلف والإيضاح وجامع المقاصد، وهو المستفاد من كلام التذكرة، وفي المقتصر والمسالك والمفاتيح أنه حسن).

وفي الجواهر بعد أن قواه قال: (ضرورة قصد الواقف تمليك الموقوف عليهم في سائر الطبقات، ولذا يتلقون منه، لا من الموقوف عليه الأول، وخصوصاً إذا كان الواحد المزبور من أفراد غير المنحصر ابتداءً، إلاّ أنه اتفق الانحصار فيه، كما لو كان الوقف على بني زيد، فاتفق انحصار ذلك في واحد، فإن التمليك للجنس حينئذ) انتهى.

ففي المسألة دليلان: الأصل بعد عدم شمول الروايات له، ودعوى الإجماع الذي حكيت عن المبسوط، حيث قال: (إذا كان نصف الدار وقفاً ونصفها طلقاً فبيع الطلق لم يستحق أهل الوقف الشفعة بلا خلاف).

خلافاً للمنسوب إلى آخرين، حيث أثبتوا الشفعة:

فعن الدروس وغيرها إن المتأخرين على ثبوت الشفعة مع كون الموقوف عليه واحداً، لأنه مالك حينئذ على المشهور، بل لم يعرف فيه خلاف، فيندرج في إطلاق الأدلة، ولا مانع إلاّ كونه محجوراً عليه في التصرف، وذلك لا ينافي كونه مالكاً مقاسماً، ولذلك ثبت لغيره ممن هو محجور عليه في التصرف،

كما لا ينافيه الانتشار بعد ذلك، كانتشار المملوك بالبيع والموت ونحوهما، مضافاً إلى الاشتراك في الحكمة أو العلة.

هذا بالإضافة إلى دعوى السيد المرتضى الإجماع على وجودها في الموقوف، فقد قال ما حكي من نصه: (مما انفردت الإمامية به القول بأن لإمام المسلمين وخلفائه المطالبة بشفعة الوقوف التي ينظرون فيها على المساكن، أو على المساجد، أو على مصالح المسلمين، وكذلك كل ناظر بحق في وقف من وصي وولي)، وادعى على ذلك الإجماع وقال: (إنه من متفرداتنا، وإن باقي الفقهاء يخالفون).

ثم قال: (ويمكن أن يقال للمخالف على سبيل المعارضة له الشفعة إنما وجبت لدفع الضرر، فأولى الأشياء بأن يدفع عنها الضرر حقوق الفقراء ووجوه القربات.

فإن قالوا: الوقوف لا مالك لها فيدفع الضرر عنه بالمطالبة بشفعته.

قلنا: إذا سلم أنه لا مالك لها فهيهنا منتفع بها ومستضر يعود إلى المشاركة فيها وهم أهل الوقوف، ومصالح المسلمين إنما يجب دفع الضرر عنها مثل ما يجب من دفع ضرر الآدميين).

لكن لا يخفى أن الدليل المذكور غير كاف، فإنه استدلال بلا ضرر[1] وبالمناط، والمناط غير مقطوع، ودليل «لا ضرر» لا يمكن الأخذ به على إطلاقه، وإلاّ للزم القول به في كل مورد من الصداق والصدقة والهبة والصلح ونحوها، وكذلك مع كثرة الشركاء، إلى غير ذلك مما هو معلوم العدم عندهم، وإن كان لم يرد في بعضها أدلة خاصة بتخصيصها عن ثبوت الشفعة.

---

(١) الوسائل: ج١٧ ص٣١٩ الباب ٥ من الشفعة ح١.

أما إجماع المرتضى فقد رده مفتاح الكرامة، وتبعه الجواهر بأنه لم نجد من وافقه عليه، لا قبله ولا من تأخر عنه، عدا ما يحكى عن التقي تلميذه وهو غير محقق، لأنه كما قالا: لم يجداه في الكافي، بل عن السرائر أن الأكثرين على خلافه.

وقد تقدم نفي الشيخ الخلاف مما قالا: إن ظاهره نفيه بين المسلمين، وإلا لنقل خلاف ذلك عن بعض العامة مثلاً، كما هو دأبه في المبسوط والخلاف.

((**فروع**))

هذا كله في ما أراد المالك بيع حصته، وأنه هل للموقوف عليه إذا كان واحداً أو ولياً كإمام المسلمين ونحوه، الأخذ بالشفعة أم لا.

أما إذا انعكس، بأن كان الموقوف عليه حق له بيع الوقف بسبب من الأسباب حتى خرج عن الحجر، وخرج عن الانتقال إلى البطون اللاحقة حتى يؤول إلى الانتشار، فهل للمالك الأخذ بالشفعة، الظاهر أن له ذلك، لأن الوقف الذي جاز بيعه خرج عن كونه وقفاً، وليس البيع يخرجه عن الوقف، بل إجازة الشارع ببيعه، فيكون كسائر الأملاك.

فإذا باع الموقوف عليه الوقف على وجه يصح، فإنها تثبت لصاحب الطلق قطعاً كما في الدروس، وبلا إشكال كما في المسالك، وقد نص عليه في التحرير وجامع المقاصد أيضاً لوجود المقتضي وانتفاء المانع كما في مفتاح الكرامة، وهو كذلك لإطلاق الأدلة.

ومنه يعرف وجه النظر في قول الجواهر: (قد يشك في ثبوتها لذي الطلق لو فرض بيع الوقف على وجه يصح)، ثم قال بـــ: (إمكان منع وجود المقتضي عليه بعد انسياق غير ذلك من الأدلة، وخصوصاً في الوقف العام أو الخاص مع تعدد الشركاء... بل ظاهر المسالك وجامع المقاصد ثبوتها على

كل حال، وفيه منع واضح)[1] انتهى.

إذ فيه: إن ظاهر كلامهم مع ثبوت سائر الشرائط بأن كان صاحب الوقف واحداً وله البيع، و لم يعلم وجه نسبته إلى المسالك، حيث إن عبارة المسالك هكذا: (إذا كان متعلق الشفعة كالدار والأرض بعضه طلقاً وبعضه وقفاً، فإن بيع الوقف على وجه يصح فلا إشكال في ثبوت الشفعة لصاحب الطلق، لوجود المقتضي وانتفاء المانع) انتهى.

فإن هذه العبارة لا يظهر منها تعدد الموقوف عليه حتى يكون التزاماً بعدم مراعاة هذا الشرط.

وكذلك لم يظهر الإطلاق المذكور من عبارة جامع المقاصد حيث قال بعد المسألة المتقدمة: (فرع، لو بيع الوقوف في صورة الجواز تثبت للآخر الشفعة) انتهى.

وهذه العبارة ليست ظاهرة فيما ذكره الجواهر من الإطلاق، فإنه ليس بناء الفقهاء بيان الشروط في كل فرع فرع، وإنما يحيلون الأمر في الشروط إلى مواضعها.

ثم إن المالك الذي يحق له أخذ الشفعة، حيث يبيع شريكه، لا فرق فيه بين أن يكون محجوراً أو لا، كما إذا انتقل المال إلى هذا الإنسان الذي يريد الأخذ بالشفعة، بشرط أن لا يبيعه، أو بشرط أن يسكنه مثلاً، فإن الحجر على المالك لا يضر الشفعة، بإطلاق الأدلة، واحتمال انصرافها إلى ما إذا كان الآخذ بالشفعة مالكاً مطلقاً، غير ظاهر.

والظاهر أنه لا يصح شرط المالك، فيما إذا مثلاً كانت له دار، فأعطاها إياهما بشرط أنه إذا باع حصته أحدهما لا يحق لشريكه الأخذ الشفعة، لأن

---

(١) جواهر الكلام: ج٣٧ ص٢٦٩.

الشفعة حكم لا يسقطه الشرط.

نعم للواهب ونحوه الحق في اشتراط أن لا يأخذ بالشفعة، ومن الواضح الفرق بينه وبين اشتراط أن لا يكون له شفعة.

أما لو وهب المالك مثلاً داره لشريكين، بشرط أن لا يبيع أحدهما إطلاقاً، فباع أحدهما، فالظاهر بطلان البيع، لأن الشرط يقتضي الوضع، وحيث يبطل البيع فلا شفعة، إلاّ إذا أسقط الواهب ونحوه شرطه.

وإذا باع الفضول حصة الشريك لا شفعة بالنسبة إلى الشريك، لأن البيع الفضولي ليس ببيع قبل إجازة المالك، فإذا أخذ الشفعة ثم أجاز المالك لم ينفع ذلك الأخذ بالشفعة، وإنما يحتاج الأمر إلى الأخذ بالشفعة بعد إجازة المالك، إلاّ إذا قلنا بالكشف.

ثم إن بعض ما تقدم في الوقف يأتي في الثلث أيضاً، لوحدة المناط فيهما.

ومما تقدم ظهرت الأحوال الأربعة في الوقف، بأن يكون عاماً أو خاصاً، ويكون الآخذ بالشفعة هو الموقوف عليه والمتولي أو صاحب الملك.

وكذلك حال ما إذا كان ملك كلا الشريكين وقفاً، وجاز لأحدهما أو لهما البيع.

((**لا شفعة في الجوار**))

(**مسألة ٨**): قال في الشرائع: (لا يثبت الشفعة بالجوار).

وقال في مفتاح الكرامة عند قول العلامة: (واحترزنا بالمشترك عن غيره، فلا تثبت بالجوار): (إجماعاً، كما في الخلاف والغنية والسرائر، وظاهر التنقيح، كما يظهر من كلامه في المسألة الآتية.

وفي المسالك: إنه مذهب الأصحاب إلاّ العماني.

وفي المفاتيح: لا خلاف فيه منا، فلم يعده مخالفاً كالثلاثة الأول.

وفي الدروس وغيره: إن خلاف العماني شاذ، وهذا يجري مجرى دعوى الإجماع، وتنطبق على ذلك بالأولوية الإجماعات المحكية على نفي الشفعة فيما قسم)[١] انتهى.

أقول: وفي مقابل هذا القول قول العماني، حيث حكي عنه أنه قال: (لا شفعة لجار مع الخليط)، وهو يقضي بثبوتها للجار، لكن الخليط مقدم عليه، وقد حكي هذا عن أبي حنيفة وجماعة من العامة.

ومقتضى القاعدة هو المشهور، ويدل عليه بالإضافة إلى الأصل والإجماعات التي عرفتها متواتر الروايات:

كقوله (عليه السلام): «لا تكون الشفعة إلاّ لشريكين ما لم يتقاسما»[٢].

وقوله (عليه السلام): «لا شفعة إلاّ لشريك إلاّ غير مقاسم»[٣].

وقوله (عليه السلام): «الشفعة لا تكون إلاّ لشريك»[٤].

وقوله (عليه السلام): «الشفعة لكل شريك لم يقاسمه»[٥].

---

(١) مفتاح الكرامة: ج٦ ص٣٢٢ ط الحديثة.

(٢) الوسائل: ج١٧ ص٣١٦ الباب ٣ من الشفعة ح١.

(٣) الوسائل: ج١٧ ص٣١٦ الباب ٣ من الشفعة ح٢.

(٤) الوسائل: ج١٧ ص٣١٧ الباب ٣ من الشفعة ح٦.

(٥) الوسائل: ج١٧ ص٣١٧ الباب ٣ من الشفعة ح٣.

وقوله (عليه السلام): «إذا وقعت السهام ارتفعت الشفعة»[1].

وقوله (عليه السلام): «إذا أرفت الأرف وحدت الحدود فلا شفعة»[2].

ورواية الغنوي، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال: سألته عن الشفعة في الدور أشيء واجب للشريك، ويعرض على الجار فهو أحق بها من غيره، فقال: «الشفعة في البيوع إذا كان شريكاً فهو أحق بها بالثمن»[3].

وفي الدعائم، عن أمير المؤمنين (عليه السلام)، إنه قال: «لا شفعة فيما وقعت عليه الحدود»[4].

وعنه (عليه السلام) أيضاً، إنه قال في حديث: «ولا شفعة في مقسوم»[5].

وعن أبي عبد الله (عليه السلام)، إنه قال: «الشفعة جائزة فيما لم يقع عليه الحدود، فإذا وقع القسم والحدود فلا شفعة»[6].

وفي الرضوي (عليه السلام): «إنما يجب الشفعة لشريك غير مقاسم، فإذا عرفت حصة رجل من حصة شريك فلا شفعة لواحد منهم»[7].

وعن أبي عبد الله (عليه السلام) إنه قال: «لا شفعة إلاّ في مشاع»[8].

وعن النبي (صلى الله عليه وآله) قال: «الشفعة في كل مشترك ربع أو حائط، فلا يحل له

---

(١) الوسائل: ج١٧ ص٣١٧ الباب ٣ من الشفعة ح٤.

(٢) الوسائل: ج١٧ ص٣١٧ الباب ٣ ح٥.

(٣) الوسائل: ج١٧ ص٣١٦ الباب ٢ ح١.

(٤) المستدرك: ج٣ ص١٤٧ الباب ٣ ح١.

(٥) المستدرك: ج٣ ص١٤٧ الباب ٣ ح٢.

(٦) المستدرك: ج٣ ص١٤٧ الباب ٣ ح٣.

(٧) المستدرك: ج٣ ص١٤٧ الباب ٣ ح٤.

(٨) المستدرك: ج٣ ص١٤٧ الباب ٤ ح١.

أن يبيعه حتى يعرضه على شريكه، فإن باعه فشريكه أحق به»[1].

إلى غيرها من الروايات المتعددة.

والتي يظهر منها أن مارواه الغوالي قائلاً: روى قتادة، عن الحسن، عن سمرة، عن النبي (صلى الله عليه وآله)، إنه قال: «جار الدار أحق بدار الجار والأرض»[2].

ورواها الشهيد، عنه (صلى الله عليه وآله) في مجموعته بإسقاط: «والأرض»[3].

لابد وأن يحمل على الجار المشترك في الأرض لا مطلقاً.

ولذا أجاب ابن إدريس وابن زهرة عن الاستناد إلى قوله (صلى الله عليه وآله): «إن الجار أحق بالشفعة» بأن المراد بالجار في الخبر الشريك، لأنه خرج على سبب يقتضي ذلك، لأنه روى عمر بن الشريد، عن أبيه، قال: بعت حقاً من أرض لي فيها شريك، فقال شريكي: أنا أحق بها، فرفع ذلك إلى النبي (صلى الله عليه وآله)، فقال (عليه السلام): «الجار أحق بالشفعة»[4].

كما أنهما أجابا أيضاً بأن الزوجة تسمى جارة لمشاركتها للزوج في العقد، قال الأعشى:

(أيا جارتا بيني فإنك طالقة).

فإنها تسمى جارة وإن كانت بالمشرق والزوج بالمغرب، فليس لأحد أن يقول: إنما سميت بذلك لأنه قريبة مجاورة.

قالا: فقد صار اسم الجار يقع على الشريك، نقل ذلك مفتاح الكرامة عنهما، وتبعه الجواهر وحتى لو لم

(١) المستدرك: ج٣ ص١٤٨ الباب ٥ ح٥.

(٢) المستدرك: ج٣ ص١٤٩ الباب ١١ ح١٥.

(٣) المستدرك ج٣ ص١٤٩ الباب ١١.

(٤) السرائر: ص٢٥٠.

نؤول هذا التأويل، لا يمكن الاستناد إلى النبوي الذي تقدم، والذي رواه أيضاً سنن البيهقي[1] وكنز العمال[2] وغيرهما، عنه (صلى الله عليه وآله) في قبال الأخبار الصحيحة الصريحة المجمع عليها.

ومما تقدم يظهر وجه قول الشرائع: (ولا فيما قسم وميز، إلاّ مع الشركة في طريقه أو نهره) انتهى.

وقد تقدم الكلام في المستثنى، أما المستثنى منه فقد قال في مفتاح الكرامة عند قول العلامة: (ولا فيما قسم وميز): صرح بالحكم المذكور في المقنع والمقنعة والنهاية والخلاف والمبسوط والكافي والمراسم والمهذب وفقه القرآن للراوندي والوسيلة والغنية والسرائر والشرائع والنافع وكتب المصنف وكتب الشهيدين وسائر من تأخير إلى الرياض.

وفيه: وفي الكفاية أنه أشهر، وفي المختلف أنه المشهور، والظاهر أن مرادهما في قبال قول العماني، لأنهم نقلوا عن العماني الخلاف.

وحيث تقدمت الروايات[3] الدالة على ذلك فلا داعي إلى تكرارها.

((الشفعة بين شريكين فقط))

ثم قال الشرائع: (وهل تثبت لما زاد عن شفيع واحد، فيه أقوال:

أحدها: نعم تثبت مطلقاً على عدد الرؤوس.

والثاني: تثبت في الأرض مع الكثرة، ولا تثبت في العبد إلاّ للواحد.

والثالث: لا تثبت في شيء مع الزيادة على الواحد، وهو أظهر).

(١) السنن الكبرى: ج٦ ص١٠٦ باب الشفعة ح٦.

(٢) كنز العمال: ج٧ ص٨ ح١٧٧٠٧.

(٣) الوسائل: ج١٧ ص٣١٦ ٣١٩ الباب ٣ و٤ من الشفعة.

وفي الجواهر: (أشهر، بل المشهور شهرة عظيمة كادت تكون إجماعاً، بل هي كذلك، كما ستعرف).

وفي المسالك: (اختلف علماؤنا في أن الشفعة هل يثبت مع زيادة الشركاء على اثنين، فمنعه الأكثر، منهم الشيخان والمرتضى والأتباع بلا خلاف حتى ادعى عليه ابن إدريس الإجماع، وذهب ابن الجنيد إلى ثبوتها مع الكثرة مطلقاً، وقواه في المختلف بعد ذهابه إلى المشهور، وخطأ ابن إدريس في دعوى الإجماع، وذهب الصدوق في الفقيه إلى ثبوتها معها في غير الحيوان، ووافق في المقنع المشهور، ونسب ثبوتها مع الكثرة إلى الرواية) انتهى.

أقول: ويدل على المشهور بالإضافة إلى الأصل، صحيح عبد الله بن سنان، عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: «لا تكون الشفعة إلاّ لشريكين ما لم يقاسما، فإذا صاروا ثلاثة فليس لواحد منهم شفعة»[1].

وما رواه المشايخ الثلاثة في الكتب الأربعة، عن يونس، عن بعض رجاله، عن أبي عبد الله (عليه السلام) في حديث: «إذا كان الشيء بين شريكين لاغيرهما فباع أحدهما نصيبه فشريكه أحق به من غيره، وإن زاد على الاثنين فلا شفعة لأحد منهم»[2].

وصحيح الحلبي، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، إنه قال: في المملوك يكون بين شركاء فيبيع أحدهم نصيبه فيقول صاحبه: أنا أحق به، أله ذلك، قال: «نعم إذا كان واحداً»، قيل له: في الحيوان شفعة، قال: «لا»[3].

---

(١) الكافي: ج٥ ص٢٨١ باب ١ ح٧.

(٢) الوسائل: ج١٧ ص٣٢١ الباب ٧ من الشفعة ح٢.

(٣) الوسائل: ج١٧ ص٣٢١ الباب ٧ من الشفعة ح٣.

وفي رواية أخرى لعبد الله بن سنان، قال: قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): المملوك يكون بين شركاء فباع أحدهم نصيبه فقال أحدهم: أنا أحق به، أله ذلك، قال: «نعم إذا كان واحداً»[1].

وفي رواية أخرى له، رواها الصدوق في الفقيه، أنه سأله عن مملوك بين شركاء أراد أحدهم بيع نصيبه، قال (عليه السلام): «يبيعه»، قلت: فإنهما كانا اثنين فأراد أحدهما بيع نصيبه فلما أقدم على البيع قال له شريكه: أعطني، قال: «هو أحق به»، ثم قال (عليه السلام): «لا شفعة في الحيوان إلاّ أن يكون الشريك فيه رقبة واحدة»[2]، (إلا أن يكون الشريك فيه واحداً)، خ ل.

وفي الفقه المنسوب إلى مولانا الرضا (عليه السلام): «روي أن الشفعة واجبة في كل شيء من الحيوان والعقار والرقيق إذا كان الشيء بين الشريكين فباع أحدهما فالشريك أحق به من الغريب، وإذا كانو أكثر من اثنين فلا شفعة لواحد»[3].

وفي قبال هذه الروايات جملة من الروايات الدالة على الإطلاق:

مثل رواية السكوني، عن جعفر، عن أبيه، عن آبائه، عن علي (عليهم السلام)، قال: «الشفعة على عدد الرجال»[4].

ومثله ما رواه طلحة بن زيد، عن جعفر بن محمد (عليهما السلام) [5].

وما رواه البحار، عن كتاب (الإمامة والتبصرة) لعلي بن بابويه، بسنده إلى

(١) الوسائل: ج١٧ ص٣٢١ الباب ٧ من الشفعة ح٤.

(٢) الوسائل: ج١٧ ص٣٢٢ الباب ٧ من الشفعة ح٧.

(٣) المستدرك: ج٣ ص١٤٨ الباب ٧ من الشفعة ح١.

(٤) الوسائل: ج١٧ ص٣٢٢ الباب ٧ من الشفعة ح٥.

(٥) الوسائل: ج١٧ ص٣٢٢ الباب ٧ ذيل ح٥.

ابن فضال، عن الصادق، عن أبيه، عن آبائه (عليهم السلام)، عن النبي (صلى الله عليه وآله) قال: «الشفعة على عدد الرجال وليس بأصل»[1].

وعن الدعائم، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، إنه قال في حديث: «والشفعة على قدر الأنصباء بالحصص»[2].

وعن عقبة بن خالد، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال: «قضى رسول الله (صلى الله عليه وآله) بالشفعة بين الشركاء»[3].

وقد تقدم خبرا منصور بن حازم[4] الدالان على ثبوت الشفعة في المتعدد.

لكن هذه الروايات لا تقاوم روايات المشهور، لأن صحيحي المنصور قد تقدم الكلام فيهما، وأنهما من التخصيص، وسائر الروايات ضعيفة الدلالة كخبر عقبة[5]، إذ لم يعرف أن المرد بالشركاء الشركاء في الشيء الواحد، أو المراد الشريكان في كل بيع بيع، وإن شئت قلت: إنه مجمل يجب حمله على المبين مما تقدم.

وأما سائر الروايات مثل ما عن السكوني وطلحة وما أشبه، فبالإضافة إلى ضعف السند، محمولة على التقية كما ذكره الشيخ وغيره، وقرينة التقية كون رواتها من العامة في روايتي السكوني وطلحة.

ومن ذلك يعرف وجه النظر في قول المسالك، فإنه بعد احتمال تساقط الطائفتين والرجوع إلى حكم الأصل، قال: (فيه نظر لمنع التعارض، لأن هذه الروايات أكثر وأوضح دلالةً، لأن رواية ابن سنان التي هي عمدة الباب لا

---

(١) المستدرك: ج٣ ص١٤٨ الباب ٧ ح٢.

(٢) المستدرك: ج٣ ص١٤٨ الباب ٧ ح٤.

(٣) الوسائل: ج١٧ ص٣١٩ الباب ٥ ح١.

(٤) الوسائل: ج١٧ ص٣١٨ الباب ٤ ح١ و٢.

(٥) الكافي: ج٥ ص٢٨١ الباب ١ من الشفعة ح٧.

صراحة فيها، حيث إنه أثبت الشفعة للشريكين باللام المفيدة للاستحقاق أو ما في معناه، والمطلوب لا يتم إلاّ إذا أريد ثبوتها بين الشريكين لا لهما، ولا ينافيه قوله: «ولا تثبت بثلاثة»، إذ لا قائل بالفرق بين الاثنين والثلاثة، ولجواز إرادة عدم استحقاق كل واحد من الثلاثة بخصوصه دون الآخر).

وهذا وإن كان خلاف الظاهر إلاّ أن فيه طريقاً للجمع، مع أن رواية منصور[1] أصح طريقاً، ومقيدة لرواية بن سنان الآتية.

ولذا قال عليه في الجواهر: إنه (من غرائب الكلام، وكأن الذي أوقعه في ذلك ما في مختلف الفاضل، فإنه بعد أن ذكر المسألة بتمامها قال: وقول هؤلاء لا يخلو من قوة، لصحة حديث منصور بن حازم، وادعاء ابن إدريس الإجماع على سقوطها مع الكثرة خطأ) انتهى كلام المختلف.

ثم قال الجواهر: (ولا يخفى عليك ما فيه، خصوصاً حكمه بخطأ الإجماع المذكور الذي هو مع شهادة التتبع له قد سبقه إليه من تقدمه، ووافقه عليه من تأخر عنه... ولعله لذا جزم في الروضة بموافقة المشهور، وهو فيها أفقه منه في المسالك كما لا يخفى على من لاحظهما)[2] انتهى.

ولذا قال في جامع المقاصد: (ابن الجنيد والصدوق قالا: بثبوت الشفعة مع الكثرة، لروايات ضعيفة لا تنهض حجة مع معارضتها بأقوى منها، والمذهب الأول) انتهى.

((فروع))

ثم الظاهر أنه لا فرق بين أن يبيع الشريك حصته من نفرين، أو من نفر

---

(١) الوسائل: ج١٧ ص٣١٨ الباب ٤ ح١.

(٢) جواهر الكلام: ج٣٧ ص٢٧٥ ـــ ٢٧٦.

واحد، سواء باعه من نفرين متعاقبين أو في وقت واحد، لأن الإطلاق هو الظاهر من إطلاق الروايات والفتاوى.

قال في مفتاح الكرامة: (هل المراد بالكثرة المانعة الكثرة السابقة على عقد البيع، كأن يكون ثلاثة فيبيع أحدهم، أو الأعم منها ومن اللاحقة، كما لو كان الشريكان اثنين وباع أحدهما نصيبه من اثنين، فلا يصح للشريك الآخر الأخذ منهما، ولا من أحدهما لمكان الشركة اللاحقة، لأن كل واحد من المشتريين من الشريك شريك خصوصاً إذا اشتريا على التعاقب ولم يعلم الشريك الآخر إلاّ بعد شرائهما، وقيل: إنها إنما تمنع في المثال فيما إذا أخذ من أحدهما دون الآخر. أما إذا أخذ من الجميع فلا، لأن الشريك المستحق للشفعة واحد، أقوال، وظاهر قوله (عليه السلام): «فإذا صاروا ثلاثة فليس لواحد منهم الشفعة»[1] يقضي بنفي الاستحقاق في المثال مطلقاً، وهو ظاهر المحقق الثاني والشهيد الثاني، والتفصيل ظاهر المصنف في آخر الفروع على القول بالكثرة، وظاهر الشهيد حمل الكثرة على السابقة، ذكره في حواشيه وهو المتبادر من الفتاوى، ومن إطلاق خبر عبد الله بن سنان[2]، ومرسل يونس[3]، مضافاً إلى الاستصحاب وعدم عدّه في المسقطات لأحد منهم) انتهى.

وهو كما ذكره مفتاح الكرامة، إذ لا يفهم من قوله (عليه السلام): «فإذا صاروا ثلاثة» إلاّ الثلاثة قبل البيع، لا الثلاثة بعد البيع، وهذا هو الذي اختاره الجواهر

---

(١) الكافي: ج٥ ص٢٨١ الباب ١ ح٧.

(٢) الوسائل: ج١٧ ص٣٢١ الباب ٧ ح١.

(٣) الوسائل: ج١٧ ص٣٢١ الباب ٧ ح٢.

أيضاً، حيث قال:

(إن المنساق من الأدلة والفتاوى عدم الشفعة مع الكثرة السابقة على عقد البيع، كما لو كان الشيء مشتركاً بين ثلاثة فيبيع أحدهم نصيبه، أما إذا كانت لاحقة كما لو كان الشيء مشتركاً بين اثنين فباع أحدهما نصيبه على اثنين دفعةً أو ترتيباً، ثم علم الشريك بذلك، فالظاهر ثبوتها، كما عن الشهيد في حواشيه)[1] إلى إن قال: (واحتمال عدم ثبوت الشفعة إلاّ مع بيع تمام النصيب ولو من اثنين، فلا يتحقق شفعة ببيع بعض النصيب خاصة، لا أظن أحداً يلتزمه)[2] انتهى.

وذلك لأنه خلاف ظاهر الأدلة، فإن ظاهر الأدلة الأعم، خصوصاً ويؤيده الملاك إذا لم نقل بالإطلاق، ودليل «لا ضرر»[3] وغيرهما.

ومما تقدم يعلم أنه إذا باع البائع بعض حصته حق للشريك الأخذ بالشفعة وإن وهب بعد البيع بعض حصته الآخر، أما لو انعكس بأن وهب بعض حصته أولاً ثم باع بعض الحصة ثانياً، لم يكن للشريك الأخذ بالشفعة، لأنه بسبب الهبة صار المال مشتركاً بين الثلاثة، فلا شفعة حين البيع.

ولو تقارن البيع والهبة في حالة واحدة، فالظاهر بقاء حق الشفعة ولو للاستصحاب.

ولو اختلفا فقال الشفيع: بعت أولاً فلي الشفعة، وقال البائع: وهبت أولاً فلا شفعة لك، فإنه من التداعي، لا من الادعاء والإنكار، لعدم اجتماعهما على شيء واحد.

---

(١) جواهر الكلام: ج٣٧ ص٢٧٦.

(٢) جواهر الكلام: ج٣٧ ص٢٧٧.

(٣) الوسائل: ج١٧ ص٣١٩ الباب ٥ ح١.

ولو كانوا ثلاثة فباع أحدهم نصيبه من أحدهما، ثم باع المشتري النصيبين إلى ثالث، تحققت الشفعة بالنسبة إلى الأول، لأن الاعتبار حين البيع لا قبل ذلك، والمفروض أنه حين البيع هما شريكان فقط، كما هو واضح.

ثم إن الحدائق قال في مسألة اشتراط أن لا يكون أكثر من شريكين: (إنه ينبغي أن يستثنى المملوك من محل الخلاف، لما تضمنته جملة من الأخبار الصحيحة الصريحة في اشتراط وحدة الشريك في صحة الشفعة فيه، ويجعل محل الخلاف فيما عداه) انتهى.

لكن حيث لا مورد لمسألة المملوك الآن فلا داعي إلى بسط الكلام فيه، وأنه هل هناك فرق بينه وبين غيره أم لا.

ثم إنه قال في المسالك: (اختلف القائلون بثبوتها مع الكثرة، هل هو على عدد الرؤوس، أو على قدر السهام، فصرّح الصدوق بالأول، ونقله الشيخ عنه مطلقاً.

وقال ابن الجنيد: الشفعة على قدر السهام من الشركة، ولو حكم بها على عدد الشفعاء، جاز ذلك.

ويدل على الأول: رواية طلحة بن زيد، إن علياً (عليه السلام) قال: «الشفعة يثبت على عدد الرجال»[١]، ولأن من حصته قليلة لو كان منفرداً لأخذ المال جميعه كصاحب الأكثر فيتساويان في الاستحقاق، إذ المقتضي هو مطلق الشركة.

ويدل على الثاني: إن المقتضي للشفعة الشركة والمعلول يتزايد بتزايد علته، وينتقص بنقصها إذا كانت قابلة للقوة والضعف)[٢] انتهى.

---

(١) الوسائل: ج١٧ ص٣٢٢ الباب ٧ ح٥.

(٢) مسالك الأفهام: ج١٢ ص٢٨٣ ــ ٢٨٤.

وأنت خبير بأن وجه الثاني استحساني محض، فمقتضى القاعدة هو الوجه الأول، كما أنه لا يخص الدليل برواية طلحة، بل رواية السكوني[1] أيضاً كما تقدم تدل على ذلك، ولذا أيد الحدائق القول الأول، وتبعه الجواهر.

ثم قال الجواهر: (ولا ينافي ذلك التوزيع في تعلق الديون على قدرها دون الرؤوس بعد اختصاصه بالدليل الكاشف عن كون التعلق من جهتها لا أصل الدينية المشتركة بين القليل والكثير بخلاف المقام، خلافاً للمحكي عن أبي علي فجعلها على قدر السهام، ولكن قال: ويجوز قسمتها على عدد الرؤوس، ومقتضاه التخيير، ثم أشكل عليه بما ذكره من التخيير، وقال بالآخرة: ومن هنا كان القول الأول الأصح كما اعترف به غير واحد) انتهى.

((لو اختلفا في ثبوت الشفعة))

ثم إنه لو اختلفا اجتهاداً أو تقليداً في أصل وجود الشفعة في مقام، أو في أن الشفعة على عدد الرؤوس، أو عدد السهام، أو غير ذلك مما يمكن الاختلاف فيه، فالمرجع القاضي، فإذا حكم يجب عليهما الأخذ به، ولو كانا مجتهدين متخالفين لما حقق في كتاب القضاء وغيره من لزوم اتباع رأي القاضي ولو كان مخالفاً لاجتهاد كليهما أو أحدهما، كماسبق الإلماع إليه.

أما إذا كان عند العامة الشفعة، فيما لم يكن عند الشيعة، وكان الآخذ بالشفعة شيعياً، حق له ذلك من باب قاعدة الإلزام[2]، واذا راجعونا حق لنا أن نحكم على طبق رأيهم، كما حق لنا أن نحكم على طبق رأينا، كما ذكرنا تفصيله في

(١) الوسائل: ج١٧ ص٣٢٢ الباب ٧ ح٥.

(٢) انظر الوسائل: ج١٧ ص٤٨٥ الباب ٤ من ميراث الإخوة.

كتاب القضاء، ولعل روايتي علي (عليه السلام) [1] من باب قاعدة الإلزام لا من باب التقية، كما ذكرنا مثله في غير مورد من (الفقه) كالقصة المنبرية وغيرها.

---

(١) التهذيب: ج٩ ص٤٥، وانظر شرح ابن أبي الحديد على النهج: ج١ ص١٩.

((**لا شفعة مع عجزه عن الثمن**))

(**مسألة ٩**): قال في الشرائع: (وتبطل الشفعة بعجز الشفيع عن الثمن).

وقال في مفتاح الكرامة: (قد صرح بالحكم في النهاية والسرائر والشرائع والنافع والتذكرة والتحرير والإرشاد والدروس وجامع المقاصد والمسالك والروضة وغيرها، وهو معنى ما في التبصرة واللمعة، وغيرهما من اشتراط القدرة على الثمن، وإجماعاً كما يفهم من المسالك، وبلا خلاف كما في الغنية والرياض، وفي مجمع البرهان يمكن أن يكون دليله الإجماع) انتهى.

وقيده في الجواهر بعدم رضى المشتري بالصبر، وأنه لا يكفي بذل الضامن والرهن والعوض.

ويدل عليه الأصل بعد انصراف الرواية إلى القادر، ودليل «لا ضرر» بالتقرير الذي ذكروه في خياري الغبن والعيب.

بالإضافة إلى حسن علي بن مهزيار، قال: سألت أبا جعفر الثاني (عليه السلام) عن رجل طلب شفعة أرض فذهب على أن يحضر المال فلم ينض، فكيف يصنع صاحب الأرض إن أراد بيعها، أيبيعها أو ينتظر مجيء شريكه صاحب الشفعة، قال: «إن كان معه بالمصر فلينتظر به ثلاثه أيام، فإن أتاه بالمال، وإلا فليبع وبطلت شفعته في الأرض، وإن طلب الأجل إلى أن يحمل المال من بلد إلى آخر، فلينتظر به مقدار ما يسافر الرجل إلى تلك البلدة وينصرف، وزيادة ثلاثة أيام إذا قدم، فإن وافاه، وإلا فلا شفعة له»[1].

وروايته تدل على مورد الكلام إما بالظهور وإما بالمناط القطعي.

ومنه يعرف أنه لا وجه لإشكال صاحب الحدائق حيث قال بعد ذكر الرواية: (وأنت خبير بأن مورد الرواية المذكورة إنما هو الشفعة قبل البيع،

---

(١) الوسائل: ج١٧ ص٣٢٤ الباب ١٠ ح١.

وأن الذي ينتظر الشريك الذي يريد أن يبيع لا المشتري، والأصحاب قد استدلوا بها على الشفعة بعده، ولعلهم قاسوا حال المشتري على البائع وهو مشكل).

وبذلك يظهر أنه لا حاجة إلى تجشم صاحب الجواهر حيث قال: (قد يمنع ظهور الرواية فيما ذكره الحدائق، كما عساه يشهد له قوله: طلب شفعة أرض، فإن الشفعة حقيقة لغةً وعرفاً في الاستحقاق بعد البيع. بل قيل: المراد حينئذ بالطلب الأخذ بها، بل لعل البطلان أيضاً ظاهر في ذلك، وحينئذ يكون المراد بصاحب الأرض المشتري، بل لو قلنا بإرادة المعنى الحقيقي من الطلب فيه للأخذ، كان المراد أنه أرادها ومضى ليحضر الثمن ليحصل استحقاق الأخذ بها، أو التملك على حسب ما سمعته في اعتبار سبق دفع الثمن كان أيضاً دالاً على المطلوب) انتهى.

فإنه لو لم نقل بالظهور كان المناط قطعياً، ولذا لم يستشكل أحد من الفقهاء الذين تعرضوا للرواية[1] فيها، كما أن إشكال المقدس الأردبيلي في الرواية من جهة تقييد الفقهاء لها بعدم الضرر حيث قال: (وظاهر الرواية غير مقيد بعدم الضرر، فكأنهم قيدوا بعدم الضرر لأنه منفي بالعقل والنقل، لكنه غير ظاهر، لأنا نجد وقوعه في الشرع كثيراً، فليس له ضابط واضح خصوصاً مع وجود النص) انتهى.

غير ظاهر الوجه، إذ دليل «لا ضرر» بالإضافة إلى ذكره في نفس هذه الروايات، قاعدة ثانوية مطلقاً يقيد بها الأدلة الأولية في كل مورد، فلا يمكن التمسك

(١) الوسائل: ج١٧ ص٣٢٤ الباب ١٠ ح١.

بإطلاق الروايات في قبال القاعدة المذكورة.

ولذا قال في الحدائق في رده: (إن الأصحاب قيدوا الجواز بعدم الضرر، لأنه منفي بالعقل والنقل، وحينئذ فلو كان البلد بعيداً جداً ويتضرر بالتأخير فلا شفعة، وما ذكره المحقق الأردبيلي من المناقشة هنا، الظاهر ضعفه، وما ادعاه من وقوعه في الشرع كثيراً في محل المنع، فمع تسليمه يجب الاقتصار به على موضعه، ويخص به الدليل العقلي والنقلي الدال على عدم جوازه، وما أطلق من هذه الرواية ونحوها يجب تخصيصها بالأدلة المذكورة، كما هو مقتضى القواعد المقررة، وبالجملة فإن مناقشته بمحل من الضعف والنظر) انتهى.

ومنه يعرف أن اللازم التقييد بلا ضرر ولو في الثلاثة، أو فيمن يذهب إلى البلد ولو لم يكن بلداً بعيداً، وإنما مثلاً يستوعب عشرة أيام، لكن في انتظار الثلاثة أو العشرة ضرر على المشتري أو على البائع، بل ينبغي أن يخص ذلك بالحرج أيضاً، لأنه أيضاً من القواعد الثانوية المخصصة للأدلة الأولية كلا ضرر، بالإضافة إلى أنه يمكن أن يقال: إن كلاً منهما يشمل الآخر فيما إذا أفرد.

ولذا استدل الإمام (عليه السلام) في حديث مولى آل سام[1] لمنع الضرر بدليل ﴿ما جعل عليكم في الدين من حرج﴾[2].

وفي المسالك: يتحقق العجز باعترافه، وفي تحققه بإعساره وجهان، أجودهما العدم، لإمكان تحصيله بقرض ونحوه فينظر به ثلاثة أيام كمدعي غيبته ولايتوقف على الحاكم، لعموم «لا ضرر ولا ضرار»، وهو كما ذكره.

---

(١) الوسائل: ج١ ص٣٢٧ الباب ٣٩ من الوضوء ح٥.

(٢) سورة الحج: الآية ٧٨.

لكن من الواضح أن الاعتراف إنما يؤخذ به إذا لم نعلم خلافه، أو لم يقم الشهود على خلافه، فإذا اعترف بعجزه وأخذ بالشفعة، كان للمشتري الرجوع إلى الحاكم لبيع بعض أمواله أو التقاص أو ما أشبه فتأمل.

كما أنه لو علمنا بعجزه فلم يعترف هو، بل كان يعترف باليسار لم ينفع أخذه بالشفعة، لأن الحكم معلق على الواقع لا على الادعاء ونحوه، بل لو قامت الشهود على يساره وأخذ بالشفعة وعلمنا اشتباه الشهود لم ينفع ذلك في تحقق الأخذ.

((فروع))

أما إذا عجز عن دفع الثمن ورضي المشتري بالصبر، أو قبل بالضامن والرهن والعوض وما أشبه، فلا ينبغي الإشكال في صحة الشفعة، لأن الحق لا يعدوهما، ودليل «لا ضرر» ليس ملزماً إلاّ في مقامات خاصة مما لا يريده الشارع حتى إذا أراده المتضرر.

والظاهر أنه يصح الأخذ بالشفعة إذا كان الآخذ بالشفعة معسراً، ولكن كان مستحقاً للزكاة، أو الخمس الذي يتعلق بذمة المشتري، هو عاص عن الأداء، حيث للحاكم الشرعي التقاص بجعل الثمن للآخذ بالشفعة من باب الزكاة أو الخمس الذي على المشتري.

((تبطل الشفعة بالمماطلة))

قال في الشرائع: (وكذا تبطل الشفعة بالمماطلة، وكذا لو هرب).

وفي مفتاح الكرامة عند قول العلامة: (ولا المماطل والهارب): (كما في الشرائع، وما ذكر بعدها فيما قبلها)[1]، أي في العاجز.

وفي المسالك: (المراد بالمماطل القادر على الأداء ولا يؤدي، ولا يشترط فيه مضي الثلاثة، لأنها محدودة للعاجز ولا عجز هنا، ويحتمل إلحاقه به،

---

(١) مفتاح الكرامة: ج١٨ ص٤٦٦ ط الحديثة.

لظاهر رواية ابن مهزيار، عن الجواد (عليه السلام)[1] بانتظاره ثلاثة أيام حيث لم ينضّ الثمن)[2].

وأشكل عليه الجواهر: (بأنه لم يعرف التحديد بالثلاثة لغير المسالك، بل ظاهرهم الاتفاق على عدمه، وأنه لا شفعة له مع فرض عجزه المتحقق باعترافه أو بالقرائن أو بغير ذلك حال البيع، وإن تجدد له القدرة بعد ذلك بيسير، بل ظاهرهم سقوطها بتحقق المماطلة كذلك) انتهى.

وحيث إن الدليل على ذلك «لا ضرر»، فاللازم أن نقول بإبطال المماطلة فيما إذا كان ضرراً، وإلاّ فلا وجه له.

ولذا قال في مفتاح الكرامة: وظاهر إطلاقهم كما في جامع المقاصد أن المطل يتحقق قبل الثلاثة، ولا يشترط فيه ثلاثة أيام، لأنها للعاجز ولا عجز، ويحتمل إلحاقه به لظاهر الحسنة[3] كما عرفت، ولعل الأولى الإناطة بالضرر بالصبر وإن قل عن الثلاثة، لأن المماطل هو القادر، ولا يؤدي فليتأمل)[4].

والظاهر أنه لو أخذ بالشفعة وماطله، حق للمشتري الأخذ من ماله كسائر المديونين بالشرائط المقررة هناك.

وفي مفتاح الكرامة: (وليعلم أن العلم بأنه مماطل من قبل لا يمنع من أخذه بالشفعة)، وهو كذلك، إذ الأخذ بالشفعة حق والمماطلة مانعة، والحق مقدم، فلا يسقط بالعلم ما لم تتحقق خارجاً.

ولا فرق بين المماطلة عن كل الثمن أو بعضه، لإطلاق دليل «لا ضرر».

---

(١) الوسائل: ج١٧ ص٣٢٤ الباب ١٠ ح١.

(٢) مسالك الأفهام: ج١٢ ص٢٨٤.

(٣) الوسائل: ج١٧ ص٣٢٤ الباب ١٠ ح١.

(٤) مفتاح الكرامة: ج١٨ ص٤٦٦ ط الحديثة.

أما إذا كانت المماطلة بحق، فإن تحقق «لا ضرر» بالنسبة إلى المشتري فهو، وإلاّ لم تكن المماطلة مما يسلطه على الفسخ، لما عرفت من أن الدليل هو «لا ضرر».

ومن الكلام في المماطل يعرف الكلام في الهارب كما ذكروه، بل ومثل الهارب كالسجين والمغمى عليه، والذي لم يعرف خبره ومن أشبه، لأن الدليل في الجميع هو «لا ضرر»، فإنه إن كان قبل الأخذ بالشفعة فلا شفعة له، وإن كان بعده فللمشتري الفسخ إذا لم يتمكن المشتري من ماله.

أما إذا تمكن فلاحق له في الفسخ إلاّ إذا كان تمكنه من الأخذ بماله موجباً لضرر أو حرج ونحوهما مما هو مرفوع، ومقتضى القاعدة هو ما ذكره مجمع البرهان، فإنه بعد أن ذكر دليل البطلان بالعجز قال: (وكذا دليل البطلان بالمماطلة مع الوجدان فإنه كالعجز، بل أقبح، وكذا الهرب بعد البيع لئلا يعطي الثمن معها، ولكن ينبغي أن يكون المراد بالمماطلة والعجز إلى وقت يضر بحال المشتري أو البائع عرفاً الصبر إليه ولو كان قليلاً، ويؤيده جواز الصبر ثلاثة أيام مع دعوى غيبة الثمن، وصبر الثلاثة أيام مع مدة الرواح إلى بلد الثمن ومجيئه) انتهى.

فإشكال الجواهر فيه غير ظاهر الوجه.

ومما تقدم ظهر وجه النظر في قول التذكرة إن الفسخ للحاكم، إذ لا دليل على ذلك بعد دليل «لا ضرر»، وأنه ليس من شأن الحكام حتى يشمله قوله (عليه السلام): «إني جعلته عليكم حاكماً»[1]. فإن ظاهر هذه الرواية أن شأن الحاكم الشرعي هو شأن الحكام العرفية، فما كان من شأنهم كان من شأنه أيضاً.

---

(١) الوسائل: ج١٨ ص٩٨ الباب ١١ من صفات القاضي ح١.

قال في مفتاح الكرامة: (وفي التحرير إنه لا يتوقف على حكم الحاكم لمكان الضرر، وإن لم يكن له أي المشتري ذلك في البيع إذا هرب المشتري أو أخر الدفع، لأن البيع حصل باختيارهما، وهنا أخذه الشفيع لغير اختيار بإزالة الضرر عن نفسه، فإذا اشتمل على إضرار المشتري منع) انتهى.

وفيه: عدم ظهور الفرق بين المقامين بعد كون الدليل فيهما «لا ضرر».

ثم إن قلنا بثلاثة أيام مطلقاً، أو في مورد الرواية[1]، ولم نقل أنه مثال للضرر، حيث يكون المناط حينئذ الضرر لا الثلاثة، فالظاهر أن المراد بها بياض الأيام الثلاثة بالليلتين المتوسطتين، ولا يلزم مرور اثنين وسبعين ساعة، كما ذكروا تفصيل ذلك في عشرة المسافر وغيرها، وفي حكم الثلاثة المستقيمة في مسائل الحيض وغيرها في العدة وغيرها.

وإذا كان المناط الضرر فهو عرفي، فلو ادعى أنه يتضرر والعرف لا يراه كان عليه بينة، إذ لا دليل على سماع قوله.

((لو ادعى غيبة الثمن))

ثم قال الشرائع: (ولو ادعى غيبة الثمن أجّل ثلاثة أيام، فإن لم يحضره بطلت شفعته، فإن ذكر أن المال في بلد آخر بمقدار وصوله إليه وزيادة ثلاثة أيام ما لم يتضرر المشتري).

ومراده بوصوله إليه وصوله منه، كما هو عبارة القواعد، حيث قال: (ولو ذكر أنه في بلد آخر أجل بقدر وصوله منه، وثلاثة أيام بعده ما لم يستضر المشتري).

وفي مفتاح الكرامة: (كما صرح بذلك كله في النهاية والمهذب والكافي والغنية والسرائر والشرائع والنافع والتذكرة والتحرير والإرشاد والتبصرة

---

(١) الوسائل: ج١٧ ص٣٢٤ الباب ١٠ ح١.

والدروس واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان والكفاية والمفاتيح وغيرها).

وفي الجواهر: لا أجد خلافاً بينهم في ذلك، وعن الغنية: هذا إذا لم يؤد الصبر عليه إلى ضرر فإن أدى إلى ذلك بطلت شفعته بدليل إجماع الطائفة.

ثم قال الجواهر: إن ظاهر الخبر المزبور[1] أن ابتداء الثلاثة من حين شفعته لا من حين البيع، وهو كذلك، إذ ربما يتأخر الأخذ بالشفعة بعد أيام لعدم علم الشريك بالبيع.

((فروع))

ثم إنه حيث عرفت أن الميزان الضرر لم يكن الاعتبار ببعد البلد أو قربه، فربما كان البلد قريباً لكن يحتاج إلى شهر مثلاً من جهة مانع في الطريق، أو عدم الوسيلة أو ما أشبه، وربما كان بعيداً لكنه يمكن تحصيل المال منه بسبب الآلات الحديثة في وقت قريب، بل يدخل في المماطلة إذا تمكن من تحصيل المال بسبب التليفون ونحوه في هذه الأيام فلم يفعل.

ومما تقدم يظهر وجه الإشكال والاستقامة في قول المسالك: (هذا إذا لم يتضرر المشتري بالتأخير بأن كان البلد الذي نسب الثمن إليه بعيداً جداً كالعراق من الشام ونحو ذلك، وإلاّ بطلت، والمراد ببطلانها على تقدير عدم إحضاره في المدة المضروبة سقوطها إن لم يكن أخذ، وتسلط المشتري على الفسخ إن كان قد أخذ، ويعتبر الثلاثة ولو ملفقة لو وقع الإمهال في خلال اليوم، والليالي تابعة للأيام، فإن وقع نهاراً اعتبر كمال الثلاثة من اليوم الرابع ودخلت

---

(١) الوسائل: ج١٧ ص٣٢٤ الباب ١٠ ح١.

الليالي تبعاً، وإن وقع ليلاً أجل ثلاثة أيام تامة، وتمام الليلة من الرابعة كذلك) انتهى.

إذ لا دليل على لزوم أكثر من ثلاث بياضات نهار والليلتين المتوسطتين، فلا حاجة إلى تمام الليلة من الرابعة، فإن ثلاثة أيام عرفاً مختلفة بسبب اختلاف الموضوعات.

مثلاً إذا قيل: ثلاثة أيام من العمل، أريد بها ثلاث نهارات فقط، وإذا قيل: كان ثلاثة أيام في المكان الفلاني، أريد به مع الليل، وربما يراد به مع كمال الليالي، وإلا فلا اعتبار بالليالي إلاّ المتوسطة، إلى غير ذلك.

ثم إنه إن احتاج إلى السفر إلى بلد ليحضر المال، فاللازم السير المتوسط فلا يجوز البطؤ، كما لا يجب السريع خارج المتعارف، وفي كل ذلك يجب الرجوع إلى العرف لأنه المرجع في الفهم من النص.

ولذا قال في المسالك: (ويعتبر في الذهاب إلى بلد المال حصول ما يحتاج إليه عادة من الرفيق وغيره، ولا يجب تحصيله بأجرة عملاً بالعرف، ولا يستثنى له في نفس البلد زيادة عن تحصيل المال بالمعتاد) انتهى.

وتبعه في ذلك الجواهر وغيره، ولو لم يكن ضرر بذهاب الشفيع إلى البلد والمجيء إلى المال فذهب، ثم في الأثناء حصل الضرر على المشتري حق له في الفسخ أو الامتناع، إذ الحكم معلق على الضرر، فلا فرق فيه بين حصوله من الأول أو في الأثناء.

ثم في النص المتقدم عن ابن مهزيار: «فان أتاه بالمال وإلاّ فليبع وبطلت

شفعته في الأرض»، إلى أن قال: «فإن وافاه وإلا فلا شفعة له»[1].

والظاهر ولو بقرينة فهم العرف أن الشفعة لا تسقط تلقائياً، وإنما إذا لم يرد المشتري الشفعة، وإلا فللشريك الأخذ بالشفعة إن رضي المشتري.

ولذا قال في مفتاح الكرامة في أول كلامه: (إن الحكم بالبطلان إنما هو لمكان مراعاة المشتري، فإذا رضي بالتأخير فقد أسقط حقه، وأقصى ما دلت عليه الرواية[2] أن حق الشفيع يسقط، بمعنى أنه ليس له المطالبة بالشفعة، وهو لا يستلزم سقوط حق المشتري من مطالبة الشفيع بالثمن بعد أخذه بالصيغة الناقلة، ورضي المشتري بالتأخير، ولا دلالة فيها على بطلان حق الشفيع، إذ الشأن فيها كالشأن فيما ورد في خيار التأخير من أنه لا بيع له، مع إطباق الأصحاب على بقاء الصحة وبقاء الخيار لا فساده من أصله.

فمعنى قوله (عليه السلام): «بطلت الشفعة» في الفرض الأول في الخبر أنه لا شفعة له، كما قال (عليه السلام) ذلك في الفرض الثاني.

ومعنى قوله (عليه السلام): «لا شفعة له» أنها غير لازمة، كما قلناه في قوله (عليه السلام): «لا بيع له»[3] في خيار التأخير، من أن معناه لا يلزم البيع، هذا أقصى ما يمكن أن يقال في توجيه ذلك، وهو خروج عن صريح الرواية، لأنها صرحت بالبطلان، فيكون معنى قوله: «لا شفعة له» أنها باطلة، فيحمل الظاهر أو المحتمل على الصريح لا العكس.

ثم إنه إذا بطل حق الشفيع وصار للأجنبي، كيف يبقى حق المشتري، وكيف يكون من قبيل قوله (عليه السلام) في خيار التأخير: «لا بيع له»[4]) انتهى.

(١) الوسائل: ج١٧ ص٣٢٤ الباب ١٠ ح١.

(٢) الوسائل: ج١٢ ص٣٥٦ الباب ٩ من الخيار ح١.

(٣) الوسائل: ج١٢ ص٣٥٦ الباب ٩ من الخيار ح١.

(٤) الوسائل: ج١٧ ص٣١٩ الباب ٩ من الشفعة ح١.

وأنت خبير بأن أخير كلامه غير ظاهر من الرواية، فإن الظهورات إنما هي تابع للعرف لا الألفاظ فقط، وتبعه في أخير كلامه الجواهر، ولو أخذ بظاهر النص كان اللازم سقوط الحق حتى إذا رضي المشتري بالتأخير لإطلاقه، فاللازم إما القول بالسقوط في كلا المقامين، أو عدم السقوط.

((إذا رضي المشتري بالتأخير))

ومنه يعلم أن قول الجواهر: (أما لو رضي بالتأخير في ابتداء الأمر، أو في أثناء الثلاثة، فلا يندرج في النص المزبور، فيبقى على ما تقتضيه القواعد من الصحة، بخلاف ما لو مضت الثلاثة وهو مستمر على طلب الثمن، فلم يأت به الشفيع، فإن ظاهر النص حينئذ عدم الاستحقاق والانفساخ، فلو رضي بعد ذلك لم يجد في ثبوت حق الشفعة، أو في بقاء الثمن في ذمة الشفيع، كما لو كان في الابتداء مثلا، خصوصاً بعد إمكان الفرق بينها وبين العقد الذي له جهة صحة ولزوم، بل قاعدة الضرر ونحوها إنما تزلزل لزومه الذي هو مناط الضرر) انتهى.

غير ظاهر الوجه، والذي يؤيد ما ذكرناه الاستدلال في الرواية بلا ضرر، كما أن «لا ضرر» هو الدليل العام أيضاً، حيث يفهم منه أن الضرر هو الذي سبب التشريع فهو منه، كما قالوا مثله في ما إذا كان في الوضوء أو الغسل أو الصلاة واقفاً أو الصوم ضرراً لا بقدر ما منع الشارع عن تلك الأمور، كما إذا سبب الموت أو ما أشبه، وإنما كان ضرراً خفيفاً، فإنه يحق له أن يصوم ويغتسل ويتوضأ ويصلي واقفاً، وإنما يرفع الضرر اللزوم لا الجواز.

كما أنه يؤيده أيضاً أن الشفعة حق عرفي، والعرف يرون ذلك، ولم يعلم أن الشارع قرر خلاف العرف.

ومنه يعلم وجه النظر في الشق الأول في المحكي عن التذكرة وجامع المقاصد والمسالك من كون المراد ببطلان الشفعة على تقدير عدم إحضاره في المدة المضروبة سقوطها إن لم يكن أخذ، وتسلط المشتري على الفسخ إن كان قد أخذ، إذ اللازم أن يقال سقوط اللزوم لا سقوط الجواز، وسيأتي بعض الكلام في ذلك في مسألة الخيار، وفي مسألة مدخلية دفع الثمن في ملك الشقص.

((إذا تضرر المشتري بالتأخير))

ثم إنه قد ظهر مما تقدم أن الشريك لو أخذ بالشفعة لكنه لا يتمكن من دفع المال، وإن كان المال موجوداً بأن كان المال مثلاً في البنك، والحكومة قد حجزت على المالك في رصيده إلى مدة شهر أو إلى إشعار آخر أو ما أشبه، كما هي شأن الحكومات الحاضرة في بعض الأحيان، فمقتضى القاعدة أنه إن تضرر المشتري بالتأخير لم يكن للشفيع الأخذ، وإن لم يتضرر كان له الأخذ بإطلاق دليل الشفعة، خرج منه صورة الضرر أو الحرج، فإذا لم يكن ضرر وحرج كان للشريك ذلك.

وكذا الحال في العكس، بأن حجز الدولة على المشتري بحيث لا يتمكن من تسلم المال من الشريك، فليس الاعتبار بحجز الدولة وعدم حجزها، وإنما الاعتبار بدليل «لا ضرر»، كما أنه لا اعتبار بكل شؤون الدولة المخالفة لقواعد الشفعة شرعاً.

كما أنه كذلك بالنسبة إلى القوانين المخالفة لسائر الشؤون الشرعية في مختلف أبواب المعاملات وغيرها، فيصح أخذ الشريك بالشفعة واقعاً، وإن منع الدولة من البيع للشريك، كما أنه كذلك فيما منعت الدولة بيع المشتري، إلى غير ذلك من الأمثلة.

((**تثبت الشفعة للغائب**))

(**مسألة ١٠**): قال في الشرائع: وتثبت للغائب.

وقال في مفتاح الكرامة: بإجماع الفرقة وأخبارهم كما في الخلاف، وبإجماع علمائنا كافة كما في التذكرة، ولا شبهة في ذلك كما في المسالك.

وقال في الغنية: يستحق الشفعة من علم بالبيع بعد السنين المتطاولة بلا خلاف، وإن كان حاضراً في البلد، وكذلك حكم المسافر إذا قدم من غيبته، وبالحكم صرح في المقنع، وأكثر ما تأخر عنه.

وفي الجواهر: بلا خلاف ولا إشكال، بل عن الخلاف والتذكرة الإجماع عليه.

أقول: ويدل على الحكم المذكور، ما رواه السكوني، عن أمير المؤمنين (عليه السلام)، قال: «وصي اليتيم بمنزلة أبيه، يأخذ له الشفعة إذا كان له فيه رغبة، وقال: للغائب الشفعة»[١].

وعن دعائم الإسلام، عن أمير المؤمنين (عليه السلام)، إنه قال: «ولا يقطع الشفعة الغيبة»[٢].

وقال (عليه السلام): «الشفعة للغائب والصغير، كما هي لغيرهما إذا قدم الغائب وبلغ الصغير»[٣].

وعن أبي عبد الله (عليه السلام)، إنه قال: في الشفيع يكون غائباً عن البيع، قال: «لا يقطع الشفعة حتى يحضر، علم بالبيع أو لم يعلم»[٤].

وعنه (عليه السلام) إنه قال: «في الشفيع يحضر وقت الشراء ثم يغيب ثم يقدم فيطلب

---

(١) المستدرك: ج٣ ص١٤٨ الباب ٦ من الشفعة ح٨.

(٢) المستدرك: ج٣ ص١٤٨ الباب ٦ من الشفعة ح٢.

(٣) المستدرك: ج٣ ص١٤٨ الباب ٦ من الشفعة ح٣.

(٤) المستدرك: ج٣ ص١٤٨ الباب ٦ من الشفعة ح٤.

شفعة، قال: هو على شفعة ما لم يذهب وقتها، ووقت الشفعة للحاضر البالغ سنة، فإذا انقضت السنة بعد وقت البيع و لم يطلب شفعته فلا شفعة له»[1].

وعن الصدوق في المقنع، الذي هو متون الروايات، قال: «ووصي اليتيم بمنزلة أبيه، يأخذ له بالشفعة، وللغائب شفعة»[2].

لكن لايخفى أنه لا يمكن العمل برواية الدعائم في جعل وقت الشفعة سنة، لأنه مخالف للنص والفتوى، ولعله من جهة التقية أو غيرها.

ثم إن الجواهر قال: (ولا فرق نصاً وفتوىً بين طول الغيبة وقصرها، نعم ينبغي تقييده بما إذا لم يتمكن من الأخذ بنفسه أو وكيله، كما صرح به الفاضل والشهيدان والكركي وغيرهم، وإلاّ فإن أخر مع إمكان المطالبة كذلك بطلت شفعته، كما صرح به في محكي التذكرة، بل في التحرير: لو أشهد على المطالبة ثم أخر المقدوم مع إمكانه فالوجه بطلان شفعته، وكذا لو لم يقدر على المسير وقدر على التوكيل فترك) انتهى.

((لا شفعة في المدة الطويلة))

أقول: وينبغي أيضاً استثناء المدة الطويلة، كما إذا حضر بعد خمسين سنة مثلاً، فإنه منصرف عن النص، بل والفتوى أيضاً، ولعل مراد صاحب الجواهر ما لا يشمل مثل ذلك، خصوصاً إذا كان ضرر ونحوه.

أما التقييد الذي ذكره الفاضل والشهيدان والكركي وغيرهم، فوجهه الانصراف عن الغائب المتمكن، خصوصاً بضميمة دليل «لا ضرر» الوارد في النص الخاص والعام، واللازم أن يراد بقول التذكرة (بطلت شفعته) بطلان اللزوم لا الأصل، كما تقدم في المسألة السابقة، وكذلك حال كلامه في التحرير، ولا حاجة في قوله في التحرير: (لو أشهد على المطالبة)، إذ الحكم كذلك ولو لم يشهد،

---

(١) المستدرك: ج٣ ص١٤٨ الباب ٦ من الشفعة ح٥. والدعائم: ج٢ ص٨٩.

(٢) المقنع من الجوامع الفقهية: ص٣٤ سطر ٧.

ولا فرق في الأحكام المذكورة بين قدرة الشفيع على نفس المشتري، أو على وكيله العام، أو الخاص بالنسبة إلى هذا المورد، لوحدة الملاك في الجميع.

ثم قال الجواهر: (وكذا لا تسقط شفعته بترك الإشهاد وإن تمكن منه، فضلاً عما لو عجز عنه، أو قدر على إشهاد من لا يقبل قوله، أو على من لم يقدم معه، أو من يحتاج إلى التزكية.

أما لو ترك الطلب بمعنى إنشاء الأخذ قولاً بعد علمه بالحال، وعدم تمكنه من المسير والتوكيل في دفع الثمن، فلم أجد لهم تصريحاً فيه، ولكن ينساق من فحواه عدم بطلان الشفعة لعدم ثبوت الفورية على الوجه المزبور والأصل بقاؤها) انتهى.

ووجه عدم سقوط الشفعة في فرعه الأول إطلاق دليل الشفعة بعد عدم الدليل على الإشهاد في الفرض المذكور، كما أن دليل الفرع الثاني أيضاً إطلاق دليل الشفعة نصاً وفتوىً من غير تقيد بالطلب.

ولو قال: أخذت بالشفعة، وأشهد فيما كان اللازم عليه الأخذ العملي لا الأخذ القولي فقط لم ينفع.

أما إذا أخذ بالشفعة عملاً بدون قصده إنشاءً، فالظاهر أنه لا يصح، لأنه نوع معاملة والمعاملات بحاجة إلى الإنشاء، نعم الظاهر أنه لا يحتاج إلى اللفظ لجريان المعاطاة فيه أيضاً بإطلاق أدلتها.

((فروع))

ولو وقف المشتري الشقص أو نذره أو وهبه لمن لا يتمكن من الاسترجاع منه أو ما أشبه ذلك، لم تبطل الشفعة، إذ الشفعة سابقة على هذه الحقوق، فإطلاق أدلتها تقتضي عدم الفرق بين وقوع هذه الحقوق على المبيع وعدمه، وسيأتي الكلام في ذلك.

ولو كان للغائب وكيل عام، ففي التحرير: له الأخذ بالشفعة مع المصلحة للغائب، وكذا لو كان وكيلاً في الأخذ وإن لم يكن مصلحة.

قال في الجواهر بعد نقله كلام التحرير: (وفيه: إنه لا فرق بينهما في مراعاتها مع الإطلاق، وعدمها مع التصريح)، والظاهر أنه لا وجه للإشكال المذكور، إذ معنى كونه وكيلاً في الأخذ، وإن لم يكن مصلحة أنه لا إطلاق، فالفرق واضح كما ذكره التحرير.

ثم إن الميزان في المصلحة وعدمها العرف لا الواقع، فإذا أخذ بالشفعة ثم تنزل السوق مثلاً لا يقال إنه حيث لم يكن مصلحة في الواقع تبطل الشفعة، لأن الظاهر في وقت الأخذ وجود المصلحة.

وعن التحرير أنه لو ترك هذا الوكيل الأخذ كان للغائب المطالبة بها مع قدومه، سواء ترك الوكيل لمصلحة أو لا.

وعلق عليه الجواهر بقوله: (هو كذلك إن لم يكن ذلك منه إسقاطاً لها، مع فرض عموم وكالته ووجود المصلحة فيه) انتهى.

وذلك لأن إسقاط الوكيل العام كإسقاط أصل المالك، أما إذا لم يكن الوكيل عاماً فلا أثر لإسقاطه إلاّ أن يكون وكيلاً خاصاً في الإسقاط والإثبات، وحيث إن الشفعة حق كما يفهم من العرفية التي هي مناط الحكم الشرعي على ما سبق، كانت قابلة للإسقاط من الأصيل أو الوكيل.

نعم لو أسقط شفعته قبل البيع يحتمل أن لا تسقط، لأنه كالإبراء قبل الدين، فالحق قبل ثبوته ليس قابلاً للسقوط إلاّ إذا كان دليل على ذلك، ولا دليل في المقام.

ولو نذر أن لا يأخذ بالشفعة أو نهاه والده أو زوجها أو ما أشبه فأخذ، أو

أخذت بها، لم يضر النذر ونحوه في الشفعة، إذ النذر ونحوه تكليفي فلا يوجب الوضع، نعم لو أخذ بالشفعة فعل حراماً في ذلك، فهو كما إذا نذر أن لا يشتري، أو باع وقت النداء، فإن البيع صحيح وإن كان الفاعل فاعلاً للحرام.

أما إذا شرط عليه في ضمن عقد ونحوه أن لا يأخذ بالشفعة، فالظاهر أن أخذه بها لغو، لأن الشرط يوجب الوضع، كما قرّر في مبحث الشرط، وذكرناه في المكاسب.

ثم إن الجواهر قال: (ومن لم يعلم بالحال كالغائب وإن كان حاضراً، وكذا المريض الذي لا يتمكن من المطالبة بنفسه ولا بوكيله، ونحوهما المحبوس ظلماً أو بحق يعجز عنه، أما إذا كان محبوساً بحق يقدر عليه، فهو كالمطلق) انتهى.

ومراده المحبوس ظلماً بحيث لا يقدر على نجاة نفسه، وإلا فلو قدر فهو والمحبوس بالحق سواء كما لا يخفى، فإن الميزان القدرة.

أما كون حبسه بالحق أو بالباطل فليس بميزان، والظاهر أن الجواهر فرضه في المحبوس ظلماً الذي لا يتمكن من الانفكاك.

وكيف كان، فالظاهر أنه لا فرق بين الحاضر والغائب الذي هو أحد أفراد المطلق، وإنما ذكره الأصحاب بالخصوصية تبعاً للنص عليه، وإلا فالحاضر أيضاً إذا فرض كون المانع عن إحضار الثمن عذر شرعي، مثل مرض أو حبس بحق يعجز عنه أو غير ذلك كان حكمه حكمهم، ولا ينافيه حسن ابن مهزيار المتقدم[1] الظاهر في البطلان من حيث عدم إحضار الثمن بمعنى عدم تيسره،

(١) الوسائل: ج١٧ ص٣٢٤ الباب ١٠ ح١.

لا من جهة أخرى كما قاله الجواهر، إذ من الواضح أنه لا فرق بين الحاضر والغائب في الملاك، فالحاضر غير القادر والغائب القادر يحكم على الأول ببقاء حقه، وعلى الثاني بزوال حقه.

ثم قال الجواهر: (والمغمى عليه كالغائب، كما في القواعد والتحرير وجامع المقاصد والدروس، أي ينتظر إفاقته وإن تطاول الإغماء، إذ لا ولاية لأحد عليه، فلا يتصور الأخذ عنه، كما في الدروس وجامع المقاصد، فإن أخذ أحد لغى، وإن أفاق وأجاز ملك بالإجازة لا قبلها، فالنماء للمشتري قبلها، قيل: ولعله لأنه لا مجيز له في الحال، فيكون كالصبي الذي لا ولي له في أحد القولين) انتهى.

وفيه: إنه لا دليل على أن المغمى عليه الذي يطول إغماؤه لا ولي له، بل مقتضى القاعدة أن يكون أبوه وجده ولياً للملاك، ولما دل على أن ﴿أولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض﴾[1]، و(الأقربون أولى بالمعروف)، بعد خروج غير الأب والجد عن ذلك في المقام، ولو بدليل عدم ولاية غيرهما في الطفل.

ولو فرض عدم القول بولايتهما على المغمى عليه كان الحاكم ولياً، فإنه ولي الغائب والممتنع والقاصر ونحوهم، والمغمى عليه أحدهم، فإنه لا يمكن القول بأنه ليس له ولي يتصرف في شؤونه حسب الصلاح إذا كان إغماؤه ممتداً كشهر وما أشبه، ولعل مراد المذكورين من المغمى عليه ما يتعارف من الإغماء ساعة ونحوها، بل وحتى في الإغماء ساعة إذا احتاج إلى الولي.

ثم إنه لو أخذ بالشفعة في حالة السكر، فإن كان سكراً موجباً لذهاب العقل

(١) سورة الأحزاب: الآية ٦.

فلا اعتبار بأخذه، ولا يمكن قياس المسألة بعقد السكرى نفسها، لأنه إن قلنا هناك بصحة العقد كان للدليل الخاص كما هو واضح.

أما إذا كان السكر خفيفاً لا ينافي عقله وشعوره، وإن كان على عقله غشاوة خفيفة، فالظاهر صحة أخذه بالشفعة بإطلاق الأدلة.

وحيث إن الظاهر أن الشفعة ليست معاملة، وإنما هي إيقاع، لا يشترط الصحة في المشتري بنفسه أو وليه أو وكيله، فإذا اشترى ثم أغمي عليه أو سكر أو ما أشبه، أو اشترى ولي لطفل والمجنون ثم أغمي عليه، حق لمالك الشقص أن يأخذ بالشفعة، وذلك لإطلاق النص والفتوى.

ولو أكرهه مكره على الأخذ بالشفعة وهو لا يريدها لم تقع شفعة لعدم قصد الإنشاء، أما إذا قصد الإنشاء فالظاهر أيضاً أنه مرفوع بدليل رفع الإكراه[1] كسائر المعاملات والإيقاعات الإكراهية كالطلاق ونحوه، أما إذا أكرهه على عدم الأخذ بالشفعة، فإن الظاهر أنه لا تنفع النية.

نعم إذا ارتفع الإكراه كان له الحق في الأخذ إذا لم يوجب طول المدة ضرراً على المشتري، وذلك لإطلاق الأدلة في المستثنى والمستثنى منه.

(١) الوسائل: ج١١ ص٢٩٥ الباب ٥٦ من جهاد النفس ح١.

((**تثبت الشفعة للسفيه**))

(**مسألة ١١**): قال في الشرائع: وتثبت للسفيه.

وفي مفتاح الكرامة عند قول العلامة مثله: (قد سمعت إجماع الخلاف وكذا الغنية على ثبوتها له للعموم، فالذي يأخذ له وليه).

وفي الجواهر بعد ادعائه عدم الخلاف والإشكال في ثبوتها له، قال: (إلاّ أن الذي يأخذ له الولي ولو بإجازته له ذلك أو إذنه له فيه على حسب غيره من التصرفات المالية).

أقول: أما أصل كون الشفعة للسفيه فلإطلاق الأدلة، وأما أن الآخذ هو الولي فلما دل على أن السفيه ممنوع من التصرف في أمواله، كما ذكرناه في الكتاب الحجر، فالولي هو الذي يتولى شؤونه، وأما ماذكره الجواهر أخيراً فلأن عبارته ليست مسلوبة كعبارة الصبي والمجنون على ما قالوا في الصبي، والإجماع في المجنون، فللولي أن يأخذ بنفسه، كما له أن يوكل نفس السفيه في الأخذ.

نعم ما ذكره الجواهر أخيراً (بأن له الأخذ بنفسه مع إجازة الولي، بل قد يحتمل جواز ذلك له مع رضى المشتري بالبقاء في ذمته، أو إبرائها له، وإن كان خلاف ظاهر الأصحاب) انتهى.

غير ظاهر الوجه، إذ قد ذكرنا في الكتاب الحجر أن كل تصرفات السفيه ممنوع عنها وإن كان بالمصلحة، فما هو ظاهر الأصحاب هو المستفاد من الأدلة.

كما أن ما ذكرناه أيضاً بالفرق بينهما بسلب عبارتهما أي الصبي والمجنون دون السفيه أيضاً محل تأمل بالنسبة إلى الصبي المميز، فإنه أي دليل على سلب عبارته، وإذا لم يكن الدليل فما المانع من أن يوكله الولي في أن يأخذ بالشفعة.

ثم إنه إذا لم يأخذ ولي الطفل والمجنون والسفيه وكملوا فلهم الأخذ،

سواء كان في المصلحة أو لا، لأن الشفيع له الأخذ، وإن لم تكن المصلحة في الأخذ، نعم يشترط في الأولياء عدم المفسدة كما قرر في محله، خلافاً لمن اشترط المصلحة.

وقد ذكرنا وجه القولين في كتابَي النكاح والحجر، ومقتضى القاعدة أن لهم الأخذ وإن طال الزمان إذا لم يكن ضرراً، نعم إذا أسقط الولي الشفعة، حيث إنها حق كما تقدم، ولم يكن الإسقاط مفسدة مما كان ممنوعاً عنها، لم يحق لهم بعد الكمال الأخذ، كما أنه إذا تبدل الولي كان للولي الثاني الأخذ إذا لم يكن إسقاط من الولي الأول بحق.

وإذا كملوا واختلفوا مع الولي في أنه هل كان الإسقاط بحق أم لا، فادعى الولي أنه كان بالحق، وادعوا أنه لم يكن حقاً، كان الحكم مع الولي، لأنه المفوض فهو كذي اليد فقوله حجة، إلاّ أن يقام على خلافه دليل.

((شفعة الصغير والمجنون))

ومما تقدم يظهر وجه الأخذ والرد في قول القواعد، حيث قال: (وتثبت للصغير والمجنون ويتولى الأخذ عنهما الولي مع المصلحة، فلو ترك فلهما بعد الكمال المطالبة إلاّ أن يكون الترك أصلح، ولو أخذ الولي مع أولوية الترك لم يصح، والملك باق للمشتري) انتهى.

ولو لم يعلم الحال بأن تركه هل كان إسقاطاً أو تركاً، فالظاهر أن لهم أو للولي المتجدد الأخذ، لأن الإسقاط خلاف الأصل.

كما أنهم لو لم يعلموا هل أن الأخذ كان عن مصلحة أو عدم المفسدة أو مع المفسدة، كان مقتضى القاعدة حمل فعل الولي على الصحة.

قال في الجواهر: (وكذا لا أجد خلافاً بينهم في ثبوتها للمفلس، لإطلاق الأدلة وإمكان رضى المشتري بالبقاء في ذمته أو إبرائها، أو استدانته من غير

ماله الذي تعلق به حق الغرماء، أو رضوا هم بدفع ذلك من ماله، وإن كان لا يجب عليهم، بل لهم منعه من ذلك، بلا خلاف أجده فيه، ولا إشكال) انتهى.

وذلك كما ذكره.

وهناك فرق بين المفلس والسفيه، حيث إن أعمال المفلس بالنسبة إلى أمواله الموجودة ليست بصحيحة لا مطلقاً، أما السفيه فأعماله بالنسبة إلى المال مطلقاً غير صحيح، كما ذكرنا التفصيل في كتاب المفلس.

أما ما عن القواعد والتحرير وجامع المقاصد من أنه ليس للغرماء الأخذ بها ولا إجباره عليها وإن بذلوا له الثمن، ولا منعه منه وإن لم يكن لهم فيه حق، لأنه لا ملك له قبل الأخذ ليتعلق بهم حقهم، وكونها حقاً مالياً لا يقتضي التعلق المزبور بالأصل، ولا يجب عليه الاكتساب لهم، ولأن ذلك حق له وليس من لوازم التصرف فيما تعلق حقهم به من ماله، فلا دخل له بذلك، وإن لم يكن فيه حظ له) انتهى.

فمحل تأمل، إذ قد ذكرنا في الكتاب المفلس أن من المحتمل قريباً وجوب الاكتساب عليه بأداء ديونه، فإذا امتنع كان لهم إجباره بواسطه الحاكم الشرعي، وإذا لم يتيسر الحاكم الشرعي كان لهم ذلك من باب ولاية عدول المؤمنين، أو من باب التقاص بملاكه، وتفصيل المسألة هناك.

قال في الجواهر: (ولو أخذ ولم يتيسر له الثمن ولم يرض المشتري بالصبر كان له الانتزاع منه، ولا ينافيه تعلق حق الغرماء، لأنه انتقل إليه على الوجه المزبور، كما هو واضح) انتهى.

وهو كما ذكره، إذ حق الغرماء في طول حق المشتري، فإذا لم يسقط حق المشتري لم يكن وجه لحق الغرماء.

((الولي يأخذ بالشفعة مع المصلحة))

وكيف كان، فقد ظهر مما تقدم وجه قول الشرائع: (وكذا تثبت للمجنون

والصبي، ويتولى الأخذ الولي لهما مع الغبطة، ولو ترك الولي المطالبة فبلغ الصبي أو أفاق المجنون فله الأخذ، لأن التأخير لعذر) انتهى.

وتقييده بالغبطة مبني على أن تصرفهما يجب أن يكون مع الغبطة، لكنا ذكرنا في كتابي النكاح والحجر، أنه يلزم أن يكون خالياً عن المفسدة، لا أن يكون مع الغبطة، ولذا أشكل عليه الجواهر بأنه لم يجده في كلام من تقدم عليه حتى معقد إجماع الخلاف وغيره.

ثم قال: ولعله لحظ الرغبة المراد بها المصلحة في الخبر.

ومراد الجواهر بالخبر ما رواه السكوني، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، إنه قال: «ليس لليهودي والنصراني شفعة»، وقال: «لا شفعة إلاّ لشريك غير مقاسم». وقال: قال أمير المؤمنين (عليه السلام): «وصي اليتيم بمنزلة أبيه يأخذ له الشفعة إذا كان له رغبة»، وقال: «للغائب شفعة»[1].

نعم لا شك في أنه مع المفسدة لا تصح، كما يدل عليه أبواب عقد النكاح وأبواب المهور وأبواب ميراث الأزواج من كتاب الإرث.

بل يؤيده ما عن الدعائم، عن علي (عليه السلام)، إنه قال: «الوالد يقوم بالشفعة لولده الطفل، والوصي لليتيم، والقاضي لمن لا وصي له، إذا كان ذلك من النظر إليه»[2].

فإن ظاهره أنه إذا لم يكن من النظر إليه لم يكن له.

أما إذا كانت الشفعة مفسدة للطفل وكان الولي يتدارك المفسدة بما يصبح مصلحة، أو بدون مصلحة ومفسدة، فالظاهر أنه لا مانع من الأخذ، إذ ليس

---

(١) الوسائل: ج١٧ ص٣٢٠ الباب ٦ من الشفعة ح٢.

(٢) المستدرك: ج٣ ص٢٤٨ الباب ٦ ح٥.

مثل هذا الأخذ مفسدة بعد تداركها، وكذا في سائر ما يفعله وليه وولي المجنون والحاكم والوصي والقيم وما أشبه بالنسبة إلى أموال القصّر، حيث إن المفسدة المتداركة لا تسمى مفسدة.

((إسقاط الولي لحق الشفعة))

ومما تقدم يعلم أنه إذا كانت المصلحة في الأخذ بالشفعة لم يكن للولي إسقاطها إلاّ إذا تدارك الضرر، أما إذا لم تكن مصلحة ولا مفسدة، فكما أنه له الأخذ كذلك له الإسقاط.

ومن ذلك ظهر، وجه قول الشرائع: (إنه لو عفا الولي في الحال المزبور لم يمض عفوه حتى من الأب والجد مع فرض مفسدة في ذلك للمولى عليه)، أما قوله بعد ذلك: (كما لا ينافيه أيضاً الضرر على المشتري بطول الانتطار، إذ هو كالاجتهاد في مقابلة إطلاق النص والفتوى، خصوصاً بعد أن كان هو السبب في إدخال الضرر على نفسه بذلك، وخصوصاً بعد ثبوت مثله في الغائب) انتهى.

فغير ظاهر الوجه، إذ قد عرفت فيما تقدم أن لا ضرر محكم على دليل الشفعة، فإنه من الأدلة الثانوية المحكمة على الأدلة الأولية مطلقاً.

ثم إن مفتاح الكرامة قال: (والظاهر أن ذلك غير واجب على الولي للأصل وعدم تصريح أحد بالوجوب، بل ظاهرهم عدمه، حيث يقولون كان لوليه، فلوليه أن يتولى الأخذ له، ولم يقل أحد على الولي، أو يجب على الولي، نعم احتمل المقدس الأردبيلي فيما يأتي في مسألة ما إذا أهمل أن يكون إهماله حراماً ثم استظهر العدم) انتهى.

والظاهر أن في المسألة التفصيل بأنه إذا كان ترك الأخذ بالشفعة مفسدة كان واجباً على الولي الأخذ، لأن الولي وضع لدرء المفسدة، أما إذا لم يكن في

الترك مفسدة، كان كما ذكره على ما تقدم.

وكيف كان، فقد ظهر مما تقدم أن قول الشرائع: (وإذا لم يكن في الأخذ غبطة فأخذ الولي لم يصح)، يلزم أن يراد بالغبطة الأعم من المصلحة أو عدم المفسدة بالنسبة إلى نظر كل جماعة من الفقهاء في الشرط المذكور، فإذا قلنا باعتبار المصلحة و لم تكن مصلحة لم يصح، وإذا قلنا باعتبار عدم المفسدة وكانت الشفعة مفسدة لم يصح.

ومما تقدم يظهر أنه يجب أن يقيد كلام الفاضل في جملة من كتبه وجامع المقاصد والروضة من (أنه لا شفعة لهما بعد الكمال إذا كان الترك من الولي أصلح من الأخذ، أو كان في الأخذ فساد على المولى عليه) انتهى، بقيدين لا بقيد واحد كما صنعه الجواهر، حيث قال: (ولعله كذلك إذا كان ذلك لإعسار الصبي ونحوه مما يقتضي عدم ثبوت الشفعة له للعجز، بناءً على سقوط الشفعة به كما عرفت، أما إذا لم يكن كذلك فيشكل السقوط لإطلاق الأدلة، ولا ينافيه عدم جواز أخذ الولي المعتبر فيه المصلحة أو عدم المفسدة) انتهى.

والقيد الثاني: هو قيد عدم تضرر المشتري لطول المدة، وإلاّ فلم يكن للصبي بعد الكمال الأخذ، وكذلك المجنون، ويحتمل حينئذ أنه إذا كان الولي سبباً للضرر كان الواجب عليه التدارك بدليل «لا ضرر» وغيره، كما ذكرنا تفصيله في بعض مباحث الغصب، وقلنا: إن «لا ضرر» كما ينفي الحكم كذلك يثبت الحكم أيضاً ولو بمعونة الأدلة الآخر، مثل: «لا تبطل حقوق المسلمين»[1].

وكيف كان، فإذا ترك الولي الأخذ بالشفعة، فإن كان إسقاطاً فيما له الإسقاط

(١) انظر: الوسائل: ج١٨ ص٢٤٨، والمستدرك: ج٣ ص٢١٥ باب نوادر الشهادات.

لم يكن له الحق في الرجوع، وإن كان تركاً كان له الحق في الرجوع.

نعم إذا كانت المصلحة في الأخذ لم يكن له حق الترك والعفو، فإذا ترك أو عفا لم تبطل الشفعة بذلك، ولذا قال في الجواهر: (لعل الأقوى جواز تجديد الولي الأخذ، وإن ترك سابقاً أو عفا، كما صرح به بعضهم لبطلان تركه وعفوه، فلا يترتب على أحدهما أثر، وليس هما من التراخي المسقط للشفعة قطعاً، لأن تقصيره السابق بمنزلة عدمه بعد فرض بقاء حق الشفعة للمولى عليه)[1].

وقول الخلاف في الترك ظاهر في غير الإسقاط[2].

فقد قال في محكيه كما في مفتاح الكرامة: (إذا كان للصبي شفعة ولا حظ له في تركه[3] فترك الولي وبلغ الصبي رشيداً، فله المطالبة بالأخذ وله تركه، لأنه حقه، وليس على إسقاطها دليل، وأيضاً جميع العمومات التي وردت في وجوب الشفعة تتناول هذا الموضع ولا دلالة على إسقاطها بترك الولي)[4] انتهى.

((فروع))

ولو ترك الأخذ الولي السابق ثم جاء الولي اللاحق ولم يعلم هل أن الترك كان لعدم المصلحة، أو عفواً، أو تركاً خالياً، فله أن يعمل حسب نظره، فإذا رأى المصلحة ولم يعلم أن الترك كان إسقاطاً صحيحاً كان له الأخذ.

أما إذا لم ير مصلحة، أو علم أن الترك كان إسقاطاً صحيحاً، فليس له الأخذ.

وإذا أخذ الولي السابق وجاء الولي اللاحق، فإن علم أنه كان مفسدة فله الإسقاط لما فعله، وإن لم يعلم فالواجب عليه الإبقاء على ما فعله الولي السابق حملاً لفعل المسلم على الصحيح.

ثم إنه إن لم تكن مصلحة في الأخذ بالشفعة في حين البيع ثم تجددت المصلحة فللولي الأخذ، كما أنه لو انعكس بأن كانت المصلحة فأخذ ثم تجددت المفسدة كان أخذه صحيحاً.

---

(١) جواهر الكلام: ج٣٧ ص٢٩١.

(٢) انظر الخلاف: ج٣ ص٤٤٤ ــ ٤٤٥.

(٣) في الخلاف: (الحظ له تركها)، وفي مفتاح الكرامة: (والحظ له في تركه).

(٤) مفتاح الكرامة: ج١٨ ص٤٨١.

أما إذا كانت مفسدة فأخذها، ثم تجددت المصلحة، فهل الأخذ باطل باعتبار وقته، أو صحيح باعتبار ما استأنف، احتمالان، والظاهر أن المرجع العرف في أنه هل يرى أن العمل كان مصلحة في الجملة فالأخذ صحيح، وإن رأى أنه لم يكن مصلحة فالعمل باطل. ولو قيل بأن الاستصحاب يقتضي البطلان، فالظاهر أن له الآن الأخذ، لأنه مصلحة.

وقد ذكر الفقهاء مثل هذه المسألة فيما إذا كان غبناً ثم تجدد عدم الغبن، أما إذا لم يكن غبن ثم تجدد الغبن فلا خيار له.

ولو ادعى الصبي أنه كان بالغاً حين أخذ الشفعة وهو لا يريدها، أو تركها أو أسقطها وهو يريدها، كان عليه الإثبات، لأن الاستصحاب يقتضي بقاء الصغر، وكذلك في السفيه والمجنون ونحوهم.

وفي المقام فروع كثيرة، ذكرها شراح الفاضلين وغيرهم هنا وفي كتاب الحجر وغيرها، تركناها خوف التطويل، والله سبحانه العالم.

((**شفعة الكافر**))

(**مسألة ١٢**): قال في الشرائع: (وتثبت الشفعة للكافر على مثله، ولا تثبت له على المسلم ولو اشتراه من ذمي، وتثبت للمسلم على المسلم والكافر) انتهى.

وفي مفتاح الكرامة عند قول العلّامة: (فإن كان المشتري مسلماً اشترط في الشفيع الإسلام وإن اشتراه من ذمي، وإلا فلا)[١]:

(فلا شفعة لكافر على مسلم، كما صرح به في المقنعة والانتصار والنهاية والمبسوط والخلاف والمراسم والوسيلة وفقه الراوندي والغنية والسرائر وسائر ما تأخر عنها.

وقد حكى عليه الإجماع في الانتصار والخلاف والمبسوط والغنية ومجمع البرهان، وظاهر التذكرة، حيث نسبه إلى علمائنا، وفي السرائر إنه لا خلاف فيه، وفي المسالك كأنه موضع وفاق)[٢].

وفي الجواهر: (بلا خلاف، بل عن جماعة الإجماع عليه، قاله عند الفرع الأول للمحقق، وعند الفرع الثاني: بلا خلاف فيه أيضاً، بل الإجماع بقسميه عليه، بل المحكي عنهما مستفيض إن لم يكن متواتراً، وفي الفرع الثالث: إجماعاً، أو ضرورة من المذهب إن لم يكن الدين).

أقول: إذا كان المشتري والشريك كلاهما كافراً، وكان من دينهما الشفعة، سواء في حدود ما نقول أو أوسع أو أضيق، كانت الشفعة لقاعدة الإلزام، ذمياً كانا أو حربياً، لما ذكرناه في بعض مباحث (الفقه) من أن الحربي أيضاً يجري عليه أحكام دينه إذا راجعونا، وكذلك في المخالفين بنفس القاعدة، ولا شأن للبائع في المسألة، فإنه سواء رأى الشفعة أم لا، حق للشريك الأخذ بالشفعة، فإن البائع ببيعه قد خرج عن الأمر، ولا يبعد أن يكون الفرق المحكوم بكفرهم

---

(١) قواعد الأحكام: ج٢ ص٢٤٤.

(٢) مفتاح الكرامة: ج١٨ ص٤٧١ ــ ٤٧٢.

في حكم الكافر أيضاً، وإن كنا قد أشكلنا في بعض فروض المسألة في كتاب الإرث وغيره.

وإذا كان كلاهما مسلماً يريان الشفعة أو لا يريان الشفعة فلا كلام، أما إذا كان أحدهما يرى الشفعة والآخر لا يرى الشفعة، فإن كان الشريك لا يرى الشفعة فلا كلام أيضاً لأنه لا يأخذ بها.

أما إذا كان المشتري لا يرى الشفعة لاختلاف المذهب، فهل للشريك الأخذ بالشفعة، لأن الشفعة حكم واقعي، والناس جميعاً مكلفون بالفروع كتكليفهم بالأصول، أو لا يتمكن من الأخذ لقاعدة الإلزام، وقد ذكرنا في بعض مباحث (الفقه) أن قاعدة الإلزام أعم مما له ومما عليه، ولذا يحق لمن طلق زوجته ثلاثاً في مجلس بلا شهود عدول أن يتزوج بأختها أو بالخامسة، وكذلك يحق للمرأة كذلك أن تتزوج بعد انقضاء عدّتها إذا كانت لها عدّة، وبدون الانقضاء إذا لم تكن لها عدّة كغير المدخولة واليائسة ونحوهما، احتمالان، وإن كانت الصناعة تقتضي تقديم قاعدة الإلزام[1]، أما ما يظهر من مذاق الفقهاء فهو تقديم حكم الشفعة فتأمل.

ولايخفى أن الكلام في المذهبين، لا المختلفين اجتهاداً أو تقليداً، إذ في المختلفين قد ذكرنا غير مرة أن اللازم المراجعة إلى قاض، فما قضى فهو نافذ حتى على من لا يرى رأيه.

ومنه يعلم الكلام في القسم الثالث: وهو ما كان الشريك مسلماً والمشتري

(١) الوسائل: ج١٥ ص٣٢١.

كافراً، فإن الكافر إذا كان من رأيه الشفعة فلا إشكال في أخذ المسلم منه.

أما إذا لم يكن من رأية الشفعة ففيه الاحتمالان المذكوران.

نعم قد عرفت أن الجواهر ادعى الإجماع أو الضرورة من المذهب إن لم يكن من الدين، على أن للمسلم الأخذ من الكافر مطلقاً، فإن ثبت الإجماع فهو، وإلاّ فهو محل نظر، إذ كيف يجبر الكافر على ما لا يعتقد به من الفروع، مع أنه يقر على دينه في باب الذمة.

أما في القسم الرابع: وهو ما كان الشريك كافراً والمشتري مسلماً، فلا يتمكن بما عرفت، ولقوله سبحانه وتعالى: ﴿لن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً﴾[1].

وقوله (عليه السلام): «الإسلام يعلو ولا يعلى عليه»[2].

فلا يتمكن الكافر من قهر المسلم على أخذ ماله من يده، لكن ربما يقال: إنه من باب الحكم الشرعي لا من القهر، فهو كسائر الأحكام الشرعية، كما إذا كان المسلم مستديناً من الكافر أو كان أجيراً عنده أو ما أشبه، حيث إنه ليس من السبيل ولا من علو الكافر على المؤمن، وإنما هو من باب التزام المسلم بأحكام الإسلام والتي منها الشفعة، ولذا إذا تزوج كافرة وجب عليه النفقة، فلا يقال: إنها سبيل منها عليه، إلى غير ذلك من الأمثلة، والعمدة في المسائل المذكورة الإجماع.

وفي حديث الفقيه، عن طلحة بن زيد، عن جعفر بن محمد، عن أبيه، عن علي (عليهم السلام) في حديث قال: «ليس لليهودي ولا للنصراني شفعة»[3].

---

(١) سورة النساء: الآية ١٤١.

(٢) المستدرك: ج٣ ص١٥٥ الباب ١ من المواريث ح٥.

(٣) الوسائل: ج١٧ ص٣٢٠ الباب ٦ من الشفعة ح١.

وفي رواية الكافي وغيره، عن السكوني، عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: «ليس لليهودي ولا للنصراني شفعة»[1].

وعن الدعائم، عن أمير المؤمنين (عليه السلام)، إنه قال: «الشفعة لليهود والنصارى فيما بينهم، وليس لأحد منهم على مسلم شفعة»[2]. وهذا يؤيد فتوى المشهور.

وعن الرضوي (عليه السلام): «ولا شفعة ليهودي ولا نصراني ولا مخالف»[3].

وفي مفتاح الكرامة: (قالوا: إن المراد على المسلم، للإجماع على ثبوتها لهما على غيره، حكاه جماعة، واختصاص النص وأكثر الفتاوى بالذمي، لعله لندرة اتفاق شركة المسلم مع الحربي، أو للتنبيه عن الأدنى بالأعلى) انتهى.

وقد ذكرنا في بعض مباحث (الفقه) أن الحربي يعامل أيضاً في سائر المعاملات كسائر الكفار، نعم للمسلم أخذ ماله، فهي مسألة ثانوية، فما ذكره مفتاح الكرامة هو مقتضي القاعدة.

ثم لو اشتراه وهو كافر فأسلم والشريك كافر، فالظاهر أنه لا يتمكن الشريك من الأخذ بالشفعة، لأن الشفعة وإن كانت لكنها سقطت بالإسلام، فاستصحاب الشفعة لا وجه له.

ولو اشتراه وهو مسلم والشريك كافر ثم كفر، فهل للكافر الأخذ بالشفعة باعتبار الحال، أو ليس له ذلك باعتبار حال الاشتراء، احتمالان، لكن لا يبعد أن لا يكون له حق الشفعة، لأن حق الشفعة يتعلق حين البيع، وحين البيع لم يكن شفعة.

(١) الوسائل: ج١٧ ص٣٢٠ الباب ٦ من الشفعة ح١.

(٢) المستدرك: ج٣ ص١٤٨ الباب ٦ ح٦.

(٣) المستدرك: ج٣ ص١٤٨ الباب ٦ ح٧.

ولو كان المسلم الشريك لا يرى الشفعة، كما في الجيران مثلاً، أو في الأكثر من الاثنين، أو فيما لا شفعة فيه، ولكن الكافر المشتري والمخالف يريان الشفعة، فالظاهر أن للمسلم الحق في أخذ الشفعة، لقاعدة الإلزام الواردة على القاعدة الأولية، ولهذا للعصبة الحق في أخذ الإرث من المخالف، وإن كان في المذهب الشيعي لا يحق له لوجود الأقرب، وفي المقام فروع أخرى تظهر مما سبق.

ثم إنه لا ينبغي الإشكال في ثبوت الشفعة للمخالف على المؤمن، إلاّ أن يكون المخالف من الفرق المحكوم بكفرهم فلا شفعة، وكذلك الشفعة للمنافق على غير المنافق، لإطلاق أدلة الشفعة الشامل لهما، وكون المنافق كافراً واقعاً، لا يضر لجريان أحكام الإسلام عليه، كما ذكرناه في بعض مباحث (الفقه) وهو المعلوم من سيرة الرسول (صلى الله عليه وآله) وسيرة علي (عليه السلام).

وبذلك يظهر وجه النظر في قول الحدائق، فإنه بعد أن روى الرضوي المتقدم: «لا شفعة ليهودي ولا نصراني ولا مخالف»[1]، قال: وهو صريح في عدم جواز الشفعة للمخالف، وفيه رد على من حكم بإسلام المخالفين في أصحابنا (رضوان الله عليهم) فإن الظاهر منهم بناءً على حكمهم بإسلام المخالفين ثبوت الشفعة لهم.

وأما من يحكم من أصحابنا بكفرهم كما هو المشهور بين المتقدمين فلا، وكلامه (عليه السلام) هنا مؤيد لذلك.

وفي التقييد في نفي شفعتهم بكون المشتري مسلماً، إشارة إلى أنه لو كان المشتري منهم فلهم الشفعة، وهو كذلك بغير خلاف، وعليه يحمل إطلاق الخبرين المذكورين أيضاً، بناءً على أن إطلاق الخبرين

(١) المستدرك: ج٣ ص١٤٨ الباب ٦ ح٧.

دال على نفي الشفعة أعم من أن يكون المشتري مسلماً أم لا، ولابد من تقييده بكونه مسلماً، لعدم الخلاف في جواز الشفعة لو كان منهم.

ومراده بالخبرين ما تقدم عن السكوني والفقيه: «ليس لليهود ولا للنصارى شفعة»[1].

(١) الوسائل: ج١٧ ص٣٢٠ الباب ٦ ح١.

((شفعة الأب مع ولده))

(مسألة ١٣): قال في الشرائع: (فإذا باع الأب أو الجد عن اليتيم شقصه المشترك معه، جاز أن يشفعه).

وقال في القواعد: (وللأب وإن علا الشفعة على الصغير والمجنون، وإن كان هو المشتري لهما، أو البائع عنهما على إشكال).

وفي مفتاح الكرامة قال: (هو خيرة المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير والإيضاح والدروس وجامع المقاصد والمسالك والروضة، أما إشكال القواعد فينشأ من أن إيقاع العقد يتضمن الرضا به، وذلك مسقط للشفعة، وهو خيرة المختلف وحده لا شريك له) انتهى.

وفي الجواهر: لا أجد فيه خلافاً، ثم استثنى إشكال القواعد ورأى المختلف وما ذكروه هو مقتضى القاعدة، لإطلاق أدلة الشفعة، إذ ليس الرضا بالعقد رضى بإسقاط الشفعة، فلا تلازم بين الأمرين.

ومنه يعلم أنه لا وقع للإشكال بأن البيع والشراء مع إرادة الشفعة لا يقعان صحيحين، إذ لا غبطة لهما في ذلك، لوضوح أن المفروض صحة التصرف، وهي مقيدة بالمصلحة أو بعدم المفسدة، فمتى وجدت صح، كما ذكره مفتاح الكرامة، فهو خروج عن محل الكلام، كما أن الإشكال في شفعة الأب أو الجد بأن عدم الشفعة للتهمة له بتقليل الثم، يرد عليه:

أولاً: بأنه أخص من المدعى، بإمكان ارتفاع التهمة بإحضار العدول ونحوه.

وثانياً: إنه مناف لائتمانه الشرعي.

وثالثاً: النقض بأن الأخذ بالشفعة لا يزيد عن بيع ماله من نفسه المعلوم جوازه.

ورابعاً: بأن إطلاق دليل الشفعة شامل له، فلا يمكن رفع الحكم بالاحتمال.

((شفعة الحاكم مع الغائب والقصير))

ومثل الأب والجد ما لو باع الحاكم شقصه المشترك مع غائب أو قصير ممن هو وليه، ثم أخذه شفعة، وكذا تثبت الشفعة للولد على والده، لإطلاق الأدلة كما في الجواهر.

ولذا قال في جامع المقاصد: فيه احتمالان، وفي الاستحقاق قوة، وكأن الاحتمال الثاني أنه نوع تسلط من الولد على والده، وذلك خلاف أنه موهوب له، ومناط أنه لا يمكن أن يقتص للولد من الوالد وغير ذلك، لكن كل هذه الأمور لا تقاوم الإطلاق.

((شفعة الوكيل))

ومن ذلك يعلم ثبوتها أيضاً للوكيل في البيع والشراء، والوكيل المطلق، بل عن جامع المقاصد في الأول أن ذلك له قولاً واحداً، وأشكل عليه صاحب الجواهر بأن المخالف الشيخ فيما حكي عن مبسوطه، والفاضل في المختلف، وعن محكي التذكرة الإشكال فيه نحو ما سمعته سابقاً، وقد عرفت ضعفه.

ومما تقدم يظهر وجه النظر في إشكال القواعد، حيث تقدم أنه قال: (وللأب وإن علا الشفعة على الصغير والمجنون، وإن كان هو المشتري لهما، أو البائع عنهما على إشكال).

كما أنه ظهر وجه قول القواعد: (وكذا الوصي على رأي والوكيل).

وفي مفتاح الكرامة: (قد نص على الحكم في الوكيل الخلاف والسرائر والشرائع وغيرها، ويأتي في مسقطات الشفعة للمصنف وغيره أنه غير مسقط، ومنع من أخذه في المبسوط والمختلف، واستشكل في التذكرة)، إلى آخر كلامه.

ولو كان الكافر وكيلاً عن قبل المسلم، فهل له أخذ الشفعة للمسلم من المسلم، احتمالان، من أنه سبيل، ومن أنه يمثل موكله، فهو كما إذا وكله في أن

يجلب زوجته العاصية المسلمة أو نحو ذلك، ودليل السبيل منصرف عنه، وإن قلنا به في أصله، و لم نستشكل فيه كما استشكل فيه الحدائق، حيث قال في مسألة اشتراط كون الشفيع مسلماً: إن المراد من الآية[1] المذكورة إنما هو السبيل من جهة الحجة، كما ورد به النص[2] في تفسيرها عنهم (عليهم السلام)، وإن كانوا قد أكثروا من الاستدلال بها في مثل هذا الموضع، إذ فيه: إن التفسير المذكور لا يدل على الانحصار، كما في سائر التفسيرات للآيات المباركة، وإنما هو من باب المصداق، فالسبيل منفي مطلقاً، سواء من جهة الحجة أو من جهة التسلط أو من جهة غيرهما.

أما لو كان الموكل كافراً والوكيل مسلماً، ولو كان وكيلاً عاماً، فالظاهر أنه لا يتمكن من الأخذ بالشفعة لموكله على المسلم، إذ هو بالآخرة سبيل من الكافر على المسلم، فتأمل.

ثم إنه لو أخذ الوكيل بالشفعة، فقال الموكل بعد ذلك: إنه لم يكن وكيلاً عني، فالظاهر أن له إجازة الأخذ، لأن الأخذ بالشفعة أيضاً من أقسام الفضولي القابل للإجازة، لإطلاق أدلة الفضولي الشاملة لمثل المقام.

والظاهر أن في الولي والوكيل ونحوهما يحتاج الأمر إلى المصلحة العامة، لا المصلحة في خصوص الأخذ بهذه الشفعة، وأنه هو المفهوم من ﴿بالتي هي أحسن﴾[3] في الآية المباركة، ومن الارتكاز في التوكيل للموكلين، فإن البائعين والمشترين وسائر المعاملين قد يعاملون لأجل وجود المصلحة في نفس هذه المعاملة، وقد يعاملون لأجل مصلحة عامة، وإن كانت المعاملة الخاصة ضرراً، مثل اشتراء

---

(١) سورة النساء: الآية ١٤١.

(٢) تفسير البرهان: ج١ ص٤٢٣.

(٣) سورة الإسراء: الآية ٣٤.

شيء من الجائر بأكثر من قيمته لأجل أن لا يتعدى الجائر بما يكون ضرره أكثر، إلى غير ذلك من الأمثلة.

((شفعة الوصي))

وكيف كان، ففي الشرائع: (هل ذلك للوصي، قال الشيخ: لا، لمكان التهمة، ولو قيل بالجواز كان أشبه كالوكيل).

قال في محكي المبسوط: (إذا باع ولي اليتيم حصته المشترك بينه وبينه لم يكن له الأخذ بالشفعة إلاّ أن يكون أباً أو جداً، لأن الوصي متهم فيؤثر تقليل الثمن، ولأنه ليس له أن يشتري لنفسه بخلاف الأب والجد) انتهى.

وفي مفتاح الكرامة عند قول العلامة: (وكذا الوصي على رأي): (أي له الأخذ بالشفعة إذا باع أو اشترى لمن هو مولى عليه، كما هو خيرة التذكرة والتحرير والدروس وجامع المقاصد والمسالك والروضة).

أقول: وهذا المشهور هو مقتضى القاعدة، أما قول الشيخ فقد عرفت جوابه في مسألة الأب والجد، فعلى هذا فمقام الأبوة والوصاية من باب واحد في جميع الأمور حتى في الأخذ بالشفعة، بل في مفتاح الكرامة عن ظاهر المختلف الإجماع على أنه يجوز للوصي أن يشتري لنفسه كالأب والجد، ثم قال السيد العاملي: وهو كذلك.

ويؤيده ما تقدم من رواية الدعائم، عن أمير المؤمنين (عليه السلام)، إنه قال: «الوالد يقوم بالشفعة لولده الطفل، والوصي لليتيم، والقاضي لمن لا وصي له إذا كان ذلك من النظر له»[1].

ثم إنه إذا كبر اليتيم وقال للوصي أو الجد: إنه لم تكن الشفعة في مصلحته

---

(١) المستدرك: ج٣ ص١٤٨ الباب ٦ ح٥.

أخذاً أو عطاءً، كان عليه إقامة البينة، لأن الوصي والوالي فعلهما محمول على الصحة.

وإذا كان وصيان أو قيمان مثلاً فأخذ أحدهما بالشفعة ولم يأخذ الآخر بأن أسقطها، قدم المقدم منها، ولو تقارنا بأن أسقط أحدهما وأخذ الآخر، فهو من مسألة تقارن النجاسة والكرية، يأتي فيه ما ذكرناه هناك في كتاب الطهارة.

قال في مفتاح الكرامة وتبعه الجواهر: (ولو رفع أمره إلى الحاكم فباع فأخذ بالشفعة فلا بحث في الصحة، كما في جامع المقاصد والمسالك، لارتفاع التهمة، والاستناد إلى الرضا بالبيع قد تبيين فساده) انتهى.

وهذا الكلام جديد لو انحصر مستند الشيخ في ذلك، لكن من المحتمل أن الشيخ كان يعلل بمثل هذه التعليلات في بعض المواضع في قبال العامة، وإنما كان نظره إلى رواية وجدها في المقام.

وعلى أي حال، فالاحتمال لا يمكن أن يكون مانعاً عن الأخذ بإطلاق الأدلة وعمومها.

وإذا أخذ بالشفعة الولي أو الوصي الأولين، ثم جاء بعدهما ولي ووصي آخر، وقال: إنه كان ضرراً على المولى عليه، فإن أثبتا بطلت الشفعة، وإلاّ بقيت كما كانت، كما أنها لو تركا الشفعة كان للآخرين الأخذ بها.

أما لو أسقطاها، فإنما يكون للآخرين الأخذ بها إذا أثبتا عدم صحة إسقاطها، بأن الإسقاط ضرر على المولى عليه، فإنهما موضوعان للمصلحة، فلا يحق لهما العمل الذي هو في ضرر المولى عليه كما تقدم.

قال في القواعد: ولو أخذ الولي مع أولوية الترك لم يصح، والملك باق للمشتري.

وفي مفتاح الكرامة في الأول: كما في الشرائع والتذكرة

والتحرير والدروس والمسالك وجامع المقاصد، وفي الأخير: إنه لا ريب فيه، لأن الأخذ مقيد بالمصلحة، وقال عند قوله: (والملك باق للمشتري): كما في التذكرة والتحرير.

أقول: فإذا لم يمكن إرجاعه إلى المشتري يمكن الأخذ تقاصاً، وكان على الآخذ تدارك الضرر، أما لو انقلب الأمر من عدم المصلحة إلى المصلحة فيصح الأخذ مجدداً.

أما البقاء بالأخذ السابق فلا، إذ ما فعله في السابق عقد يحتاج إلى المصلحة، والعقد في السابق لم يكن صحيحاً، فإذا لم يأخذ في اللاحق لم يقع العقد.

وقد تقدم مسألة ما لو انقلب الصلاح إلى الفساد، أو الفساد إلى الصلاح فلا حاجة إلى تكرارها، لكن ذلك فيما لم يناف الأخذ الفورية.

((**شفعة العامل في المضاربة**))

(**مسألة ١٤**): قال في الشرائع: (ولو ابتاع العامل في القراض شقصاً، وصاحب المال شفيعه فقد ملكه بالشراء لا بالشفعة، ولا اعتراض للعامل إذا لم يكن ظهر ربح وله المطالبة بأجرة عمله).

وقال في المسالك: (إذا اشترى العامل بمال المضاربة شقصاً لصاحب المال فيه الشركة، ملك صاحب المال الشقص بالشراء لا بالشفعة، لأنه اشترى بعين ماله فيقع الشراء له، وإن استحق العامل التصرف فيه بالبيع وغيره بمقتضى الإذن السابق، ولا يعقل أن يستحق الإنسان أن يملك ملكه بسبب آخر.

هذا إذا لم يكن هناك ربح، أو كان وقلنا إن العامل إنما يملك نصيبه منه بالانضاض لا بالظهور، ولو قلنا إنما يملكه بالظهور صار شريكاً في الشقص لصاحب المال، سواء فسخ المضاربة أم لا، وليس لصاحب المال أن يأخذ نصيب العامل من الربح بالشفعة أيضاً، لأن العامل لم يملكه بالشراء الذي هو شرط ثبوت الشفعة وإنما ملكه بظهوره، سواء قارن الشراء أم تأخر، وليس ذلك من أسباب استحقاق الشفعة عند الأصحاب، حيث خصوا مورده بالبيع، وليس لصاحب المال قطع تسلط العامل على الحصة بالفسخ ورضي رده إلى الأجرة كما قال بعضهم، بل يستقر ملكه عليها إن لم يتجدد ما يبطله كخسارة المال، لأصالة بقاء ملكه عليه إلاّ بوجه ناقل شرعاً وهو منتف هنا)[1]، إلى آخر كلامه.

أقول: الفرع الأول هو مقتضى القاعدة، لما ذكره من أنه لا يعقل أن يستحق الإنسان أن يملك ملكه بسبب آخر، ومنه يظهر الإشكال فيما عن الكركي في بعض حواشيه المكتوبة بخطه على جامع المقاصد، من أنه (لا يمتنع أن يستحق الملك بالشراء ثم بالشفعة إذ لا يمتنع اجتماع العلتين على معلول واحد، لأن علل الشرع معرفات) انتهى.

فإن ذلك وإن لم يكن ممتنعاً عقلاً، لأن الملك اعتبار من الممكن تقريره

(١) مسالك الأفهام: ج١٢ ص٢٨٩.

هكذا تارة، وهكذا تارة، وبكلا الوجهين تارة ثالثة، إلاّ أنه ليس بناء العقلاء في الشفعة ذلك، والشارع لم يقرر هكذا اعتبار، بأن يملك الإنسان بالشفعة والشراء معاً، وحيث إن المال اشتري بملك المالك فلا وجه للشفعة، وهذا هو المراد من عدم المعقولية في كلام المسالك.

ولذا قال في الجواهر: إن ما عن الكركي واضح الفساد، وإن كان ستسمع اختيار مثله من المصنف والفاضل وغيرهما في الفروع على القول بالكثرة، وعدم وجود العلة بعد أن كان الشراء له بالوكالة عن العامل، والفرض ظهور أدلة الشفعة، بل صراحتها في بيع الشريك حصته من غير من له الشفعة، كما هو واضح.

ثم إنه إذا لم يكن ربح أو كانت خسارة فلا شفعة للمالك أصلاً.

أما إذا كان ربح فإن قلنا: إن العامل لا يملك إلاّ بالانضاض، فهو كذلك لا شفعة أيضاً، لأن الكل صار للمالك، وإنما بعد الانضاض تكون حصة من النقد للعامل أجرة لعمله.

أما إذا قلنا: يملك العامل بمجرد الربح، وكان الربح من حين البيع، فمقتضى القاعدة أنه لا شفعة أيضاً، لأن الانتقال إلى العامل لم يكن بالبيع، بل بحق العمل، فهو مثل ما لو قال المالك للعامل: اشتر حصة شريكي، وحق عملك نصف ما اشتريت مثلاً، حيث لا شفعة للمالك على العامل.

ومنه يظهر وجه قول المسالك في الفروع الثلاثة، أي لم يكن ربح، أو كان وقلنا بأنه يملكه بالانضاض، أو قلنا بأنه يملكه بالظهور.

ومنه يعلم أن قول العلامة في القواعد أوفق بالقاعدة، حيث قال: (يملك صاحب المال القراض بالشراء لا بالشفعة إن لم يكن ربح، أو كان، لأن

العامل لا يملك بالبيع وله الأجرة، خلافاً للعبارة المتقدمة من الشرائع، حيث ظاهرها الفرق بين الربح وعدم الربح، فإنه قال: ولا اعتراض للعامل إذا لم يكن ظهر ربح، وله المطالبة بأجرة عمله) انتهى.

ثم الظاهر أنه ليس للمالك فيما إذا كان ربح أن يفسخ المضاربة، كما عن الشافعي.

وقال في مفتاح الكرامة: (إنه قضية كلام القواعد والتحرير، قال الشافعي: إن للمالك أن يأخذ بحكم فسخ المضاربة، لأنه لما امتنع استحقاقه الشفعة فلا أقل من أن يستحق قطع سلطنة العامل عن الشقص، لأنه ممكن، فلا يلزم من انتفاء الشفعة لامتناعها انتفاء هذا، كما نقول فيما إذا جنى المرتهن على عبد المولى فإنه يكون للمولى فكه من الرهن بسبب الجناية، وحينئذ فيكون على صاحب المال أجرة المثل عن عمله لكونه محترماً، سواء ظهر ربح أم لا) انتهى.

إذ أي وجه لقوله: (فلا أقل من أن يستحق) إلى آخره، وتوجيه جامع المقاصد له غير ظاهر، فإنه قال في محكي كلامه: (بأن العامل لا يستحق الحصة من الربح بالظهور، إلاّ أن استحقاق الاختصاص بالعين بسبب الشركة سلط المالك على قطع استحقاقه من العين، فإن الشركة إن لم تكن موجبة لاستحقاق التملك لكونه حقه، فلتكن رافعة لتملك العامل بعض العين، ومتى فات حقه من الربح استحق أجرة المثل) انتهى.

فإن قوله: (فلتكن رافعة) إلى آخره لم يظهر له دليل، ولذا كان الظاهر من عبارة الشرائع كصريح الشهيد في الدروس وحواشيه أنه ليس لصاحب المال قطع سلطان العامل عن الحصة التي ملكها بظهور الربح بأن يفسخ المضاربة،

ويرده إلى الأجرة، فإنه قال في الدروس: (ليس للمالك أخذ ما شراه العامل بالشفعة، بل له فسخ المضاربة فيه، فإن كان فيه الربح ملك العامل نصيبه وإلاّ فله الأجرة) انتهى.

ولذا قال في مفتاح الكرامة في رد قول الشافعي: (بأن الفسخ لا يسقط حق العامل من الربح الذي قد استحقة قبل الفسخ، وإنما يؤثر بالنسبة إلى المستقبل، والجناية الموجبة للقصاص ليست مالاً)، ثم قال: (وما ذكره الشهيد ثابت في جميع أقسام المضاربة، فلا خصوصية لكون الشقص مشفوعاً في ثبوت الفسخ، وإنما فرضه في الشقص المشفوع لدفع توهم أن له أخذه بالشفعة، وأن الاستحالة ممنوعة لمكان ثبوت مثله في الجناية) انتهى.

ومن عدم اقتضاء المضاربة الشفعة ظهر وجه قول الجواهر، حيث قال: (لو فرض أن ما اشتراه به من الثمن قد ظهر فيه الربح، وقلنا بملكه به على وجه به صار شريكاً، اتجه حينئذ كون المبيع مشتركاً بينه وبين المالك بالبيع، بل اتجه أخذ المالك فيه بالشفعة) انتهى.

فإنه وإن لم يستقم في المضاربة الابتدائية، إذ قد عرفت أن ملك العامل لبعض الشقص ليس من باب الاشتراء، وإنما من باب العمل، أما إذا كان الثمن كان بعضه للعامل بحكم مضاربة سابقة ربح فيها فاشترى بهذا المخلوط ملكه وملك المالك الشقص، فإن بعض الشقص يكون له بالاشتراء، ومراد الجواهر ما إذا كان الثمن مشتركاً بين المالك وبينه لمعاملة سابقة سببت ملكية العامل الثمن، فإن هذا يكون من اشتراء العامل من الشريك، إلاّ أنه خروج عن محل الفرض.

وكيف كان، فقول الجواهر ممزوجاً مع الشرائع: (ولا اعتراض للعامل إذا

لم يكن ظهر ربح، ولكن له المطالبة بأجرة عمله المحترم، كما في غير ذلك من أعيان المضاربة) انتهى.

محل نظر، فإنه إذا لم يكن ربح فلا أجرة لعمل العامل ولا احترام له، فإنه هو الذي أذهب احترام عمله بقبوله المضاربة مما يعلم أن لا شيء له إذا لم يكن ربح، وأن المالك له الفسخ، إلاّ إذا فرض أنه سبب الربح.

قال في العروة: (إذا كان الفسخ أو الانفساخ، و لم يشرع في العمل ولا في مقدماته فلا إشكال، ولاشيء له ولا عليه، وإن كان بعد تمام العمل والانضاض فكذلك، إذ مع حصول الربح يقتسمانه، ومع عدمه لا شيء للعامل ولا عليه إن حصلت خسارة، إلا أن يشترط المالك كونها بينهما على الأقوى من صحة هذا الشرط، أو يشترط العامل على المالك شيئاً إن لم يحصل ربح، وربما يظهر من إطلاق بعضهم ثبوت أجرة المثل مع عدم الربح، ولا وجه له أصلاً، لأن بناء المضاربة على عدم الاستحقاق للعامل لشيء سوى الربح على فرض حصوله كما في الجعالة) انتهى.

وقد ذكرنا تفصيل الكلام في ذلك في الشرح.

أما قول القواعد: (ويملك صاحب مال القراض بالشراء لا بالشفعة إن لم يكن ربح أو كان، لأن العامل لا يملكه بالبيع وله الأجرة). فقد استظهر منه أن للمالك الاختصاص بالعين على كل حال، وأنه ليس للعامل إلاّ الأجرة وإن كان قد ظهر الربح.

وحكي عن جامع المقاصد النظر فيه عن حواشي الشهيد بأن فتوى المصنف ملك الربح بالظهور، وحينئذ يملك العامل حصة من الشقص، ويكون شريكاً، قال: ثم أجاب بما لا يدفع السؤال ثم اعترف بورود السؤال وأشكل على إشكال على القواعد الجواهر بقوله: (قد يدفع

بأن المراد استحقاق الأجرة مع الفسخ وعدم ظهور الربح كما عساه يشعر به قول، لأن العامل) إلى آخره.

أقول: فيه إن كون مراد القواعد ذلك خلاف ظاهر عبارته، وقوله: لأن العامل لا يدل على ما استظهره الجواهر، وقد استشهد الجواهر لما ذكره من توجيه عبارة القواعد بما في التحرير، قال: (ولو اشترى المضارب بمال القراض شقصاً في شركة رب المال، فليس لرب المال فيه شفعة على الأقوى، لأن الملك له، ولو كان فيه ربح فكذلك، سواء قلنا إن العامل يملك بالظهور أو بالانضاض، لأنه شراء مأذون فيه، وإن لم يكن ظهر ربح لم يكن للعامل اعتراض، ولو كان له الأجرة عن عمله)، هذا مع أن عبارة التحرير أيضاً يرد عليها ماتقدم.

ثم إن مفتاح الكرامة وتبعه الجواهر قال: (بقي هنا شيء يرد على ظاهر العبارة وماكان نحوها، وهو أنه إذا لم يظهر الربح أو ظهر، فإن المضاربة تبقى على حالها إن لم يفسخ صاحب المال، ولا أجرة للعامل، بل له ما شرط له من الربح، ولا يلزم من ملك صاحب المال له الفسخ، لأن جميع مال القراض مملوك لصاحب المال وإن لم يكن في شركته، فالعبارات محمولة على ما إذا فسخ القراض، ولعل الترك لمكان شدة الظهور) انتهى.

أقول: لا حاجة إلى الفسخ، إذ ربما تنتهي مدة المضاربة، فالكلام يأتي في المقامين، لا في صورة الفسخ أو الانفساخ فقط.

ولذا قال في العروة: (ثم قد يحصل الفسخ من أحدهما، وقد يحصل البطلان

والانفساخ لموت أو جنون أو تلف مال التجارة بتمامها، أو لعدم إمكان التجارة لمانع أو نحو ذلك) انتهى.

والمسألة طويلة الذيل، ومرتبطة بباب المضاربة، وفي كلامهم فيها نوع غموض، كما لا يخفى على من راجع شراح الفاضلين وغيرهم.

((لو كان أحد الشريكين حملاً))

(**مسألة ١٥**): قال في القواعد: (ولو بيع شقص في شركة حمل لم يكن لوليه الأخذ بالشفعة إلاّ بعد أن يولد حياً).

أقول: ذلك فيما مات أب مثلاً وورثه ولدان، أحدهما في البطن وأحدهما في الخارج، فباع الذي في الخارج حصته، فإنه لا يحق لولي من في البطن الأخذ بالشفعة لمن في البطن.

وقال في مفتاح الكرامة: إن الحكم كما في التذكرة والتحرير والدروس وجامع المقاصد، لعدم تيقن حياته ولا ظنها لعدم الاستناد إلى الاستصحاب، بخلاف الغائب، والحمل لا يملك بالابتداء الإرث والوصية، وقضية كلامهم أنه لا يفرق فيه بين من مضى له أربعة أشهر أو خمسة ومن لم يمض له ذلك، فالمراد به ما لم يولد حياً، كما إذا كانت بينهما دار فمات أحدهما عن حمل فباع الآخر نصيبه.

ثم قال عند قوله: (إلاّ بعد أن يولد حياً):

(يريد أنه لو انفصل حياً كان لوليه الأخذ بالشفعة، أو له بعد كماله، كما هو خيرة التذكرة لتناول دلائل الشفعة له. وفي جامع المقاصد: إن فيه قوة، وتردد في الدروس، واقتصر في التحرير على ذكره احتمالاً، فهو متردد أيضاً) إلى آخر كلامه.

ويمكن الإشكال فيه بأنه لا دليل على أن الحمل لا يملك بالابتداء، بل مقتضى إرثه ووصيته والنذر له وما أشبه أنه يملك، وملكه عقلائي و لم يردع عنه الشارع، فأي مانع من ملكه، والتعليل المتقدم بعدم تيقن حياته ولا ظنها لعدم الاستناد إلى الاستصحاب بخلاف الغائب محل نظر، لأن الكلام في القضية المفروضة الموضوع، فلا يبعد أن يكون لوليه ذلك، كما لا يبعد أن يكون لشريك الحمل الأخذ بالشفعة من الحمل إذا باعه وليه لإطلاق أدلة الشفعة.

ثم إن اشترى العامل للمالك

وربح بما سبب أنه يكون شريكاً مع المالك، فإذا باع مال المالك فله أن يأخذ لنفسه بالشفعة، كما أنه إذا باع مال نفسه، فله أن يأخذه للمالك بالشفعة، وقد تقدم شبه هذه المسألة.

نعم إنما يحق له الأخذ للمالك بالشفعة إذا كان فيه مصلحة، أو كان وكيلاً عاماً في الابتياع له ولو بدون المصلحة، وإلاّ لم يصح أخذه بالشفعة له.

نعم المالك إذا علم بذلك وأخذ بالشفعة ولو بدون مصلحته، كان له ذلك لأن تصرفات الإنسان لا تتوقف على الصلاح إذا كانت عقلائية.

أما غير العقلائية الموجبة لعدم صدق الأدلة عليها، فبطلان المعاملة من هذه الجهة.

ثم إن القواعد قال: (ولو بيع شقص في شركة مال المضاربة فللعامل الأخذ بها مع عدم الربح، ومطلقاً إن أثبتناها مع الكثرة، فإن تركها فللمالك الأخذ).

وفي مفتاح الكرامة: (كما في التذكرة وجامع المقاصد وكذا التحرير، لكنه لم يقيد بعدم الربح، بل قيد بالغبطة، ولابد من التقييد بها، لأنه نائب عن المالك في التصرف بكل ما يشمل على الغبطة، فكان المقتضي موجوداً والمانع منتف حينئذ، لعدم تكثر الشركاء) انتهى.

ولا يخفى أنه لا يلزم التقييد بالغبطة إذا كان الإذن من المالك مطلقاً كما تقدم.

أما قوله: (فإن تركها فللمالك الأخذ) فقد ذكر في مفتاح الكرامة أنه في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد كذلك، وعلله بما تقدم أيضاً من أنه لا يسقط

حقه بترك العامل، ولو كان ذلك مع المصلحة على الأشبه كأن قد عفا عنها.

أقول: لكن قد تقدم الفرق بين الترك وبين الإسقاط، فإنه إذا أسقط وكان وكيلاً عاماً لم يحق للمالك لأن الشفعة حق، والحق قابل للإسقاط.

وفي المقام فروع كثيرة يمكن استفادتها من الجمع بين كتابي الشفعة وكتاب القراض.

فصل

((فروع ذكرها الشرائع))

ذكر في الشرائع فروعاً على القول بثبوت الشفعة مع كثرة الشفعاء، ونحن نذكرها في ضمن مسائل:

((لو عفى أحد الشركاء))

(**مسألة ١**): قال الشرائع: (لو كان الشفعاء أربعة فباع أحدهم وعفا آخر فللآخرين أخذ المبيع، ولو اقتصرا في الأخذ على حقهما لم يكن لهما، لأن الشفعة لإزالة الضرر وبأخذ البعض يتأكد).

وفي القواعد: (ولو عفا أحد الشركاء كان للباقي أخذ الجميع أو الترك، سواء كان واحداً أو أكثر)[1].

وفي مفتاح الكرامة قال: (كما في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير والدروس وجامع المقاصد والمسالك. وفي الأخير: إنه المشهور، وإن كثيراً منهم لم يذكر غيره)[2].

لكن في الجواهر الإشكال على ذلك بقوله:

(أولاً: إن الضرر هو الذي أدخله على نفسه بإقدامه على شراء ذي الشفعاء المتعددين إذا قلنا بتوزيع الشفعة عليهم.

وثانياً: إن الشفعة حق مالي قابل للتسقيط والانقسام، بل هو المنساق من

---

(١) قواعد الأحكام: ج٢ ص٢٤٧.

(٢) مفتاح الكرامة: ج١٨ ص٥٠٨.

قوله (عليه السلام): «الشفعة على عدد الرجال»[1]، فإن معنى كونها عليهم دون السهام توزيعها عليهم، ولا معنى للتوزيع إلاّ بإرادة تبعية شفعة كل واحد نصيبه.

وثالثاً: إن العفو يقتضي استقرار المعفو عنه على ملك المشتري كما لو عفوا جميعاً.

ورابعاً: قد سمعت سابقاً ما حكاه المرتضى (رحمه الله) من أنه في روايات أصحابنا إذا سمح بعض بحقوقهم من الشفعة، فمن لم يسمح بحقه على قدر حقه فالمتجه حينئذ سقوط حق الأولين، وبقاء حق الآخرين، بل ليس لهما أخذ حق الأولين بالشفعة لعدم ثبوته لهما) انتهى.

لكن يرد على الأول: إنه أخص من المدعى، إذ قد لا يعلم المشتري بتعدد الشركاء فلا يكون قد أقدم بإدخال الضرر على نفسه.

وعلى الثاني: إنه لم يعلم أن معنى (الشفعة على عدد الرجال) ذلك، لاحتمال أن يكون المراد أنه لا يحق لأحدهم الأخذ بالجميع، وإنما لكل الأخذ بقدر حقه، مقسماً للمشتري على عددهم، وفي هذه الصورة تكون مجملة ويكون «لا ضرر» على قوته في تحكيمه على الأدلة الأولية.

نعم إن علم أن المراد بالرواية ذلك كانت الرواية في موضوع «لا ضرر»، وقد قرر في بحث «لا ضرر» أن الحكم الضرري الوارد من الشرع بصورة خاصة كالزكاة والجهاد والخمس وما أشبه لا يتمكن دليل «لا ضرر» من تقييده، وإنما يكون العكس.

أمّا جوابه الثالث: فلم يعلم وجهه، إذ استقرار المعفو عنه على ملك

(١) الوسائل: ج١٧ ص٣٢٢ الباب ٧ من الشفعة ح٥.

المشتري لا ينافي التجزئة الموجب لضرر المشتري، والظاهر أنه أخذ هذا الجواب الثالث عن مفتاح الكرامة في نقله كلام أبي علي على ما سيأتي، وسيأتي ما فيه.

نعم الجواب الرابع: إن تم سنده ودلالته يكون وارداً على دليل «لا ضرر»، لكنه مرسلة لا تقاوم ما ذكر سنداً ولا دلالةً، أما السند فواضح، وأما الدلالة فلاحتمال أن يراد به مثل ما أريد في قوله: «الشفعة على عدد الرجال»[1]، بأن يراد أن الشفعة لا تخص أحدهم بل لكلهم، لا أن يريد أن لبعضهم الأخذ ولبعضهم عدم الأخذ حتى يوجب الضرر على المشتري، فلأحدهم الأخذ بالشفعة، لكنه إذا أوجب الضرر على المشتري كان دليل «لا ضرر» محكماً بتخييره بين القبول وعدم القبول، فيكون حاله حال ما إذا كان الشريك واحداً وأخذ ببعض الشقص المبيع، حيث إن المشتري مخير بين القبول والرد، وهذا لا يستبعد أن نقول به في الشريك أيضاً، خلافاً لما حكاه الحدائق عن ظاهر الأصحاب.

قال: (لا يخفى أن مقتضى الأدلة الدالة على الشفعة هو استحقاق الشفيع لمجموع الشقص المشترك إذا أخذه بالشفعة، وأن ذلك حقه شرعاً، وحينئذ فهل له تبعيض حقه بأن يشفع في بعضه ويترك بعضاً أم لا، ظاهر الأصحاب من غير خلاف يعرف هو الثاني، لما في التبعيض من الإضرار بالمشتري، ولا يناسب بناء الأخذ بالشفعة الذي شرع لدفع الإضرار. والأظهر في تعليل ذلك إنما هو ما قدمناه من أن الأصل بمقتضى الأدلة العقلية والنقلية كتاباً وسنةً هو عدم الأخذ بالشفعة، فيقتصر في جواز الأخذ بها

(١) الوسائل: ج١٧ ص٣٢٢ الباب ٧ من الشفعة ح٥.

على ما قام عليه الدليل، والأخبار الواردة بالشفعة على كثرتها وتعددها إنما وردت باعتبار المجموع، وما عداه تبقى صحته موقوفة على الدليل) انتهى.

وبذلك يظهر أن قول المحقق: (لو اقتصرا في الأخذ على حقهما لم يكن لهما، لأن الشفعة لإزالة الضرر فبأخذ البعض يتأكد) محل نظر، إذ مقتضى ما يفهم العرف من الأدلة أن له ذلك، لكنه متدارك بدليل «لا ضرر»، كما أن البيع الغبني والعيبي وما أشبه كذلك، فإن «لا ضرر» لا يقف دون صحة البيع، وإنما يقف دون لزومه، وإن كانت المسألة بعدُ محتاجة للتتبع والتأمل.

بل يمكن أن يقال: إنه أولى بالصحة فيما إذا كان للشريكين داران فباع أحدهما حصته منهما للمشتري، فأخذ الشريك في إحدى الدارين فإنه يصح شفعة وإن كان نصف الدار بعض المبيع، وحيث «لا ضرر» هنا على المشتري فليس له الأخذ بدليل «لا ضرر»، اللهم إلاّ أن يكون ضرر بالنسبة إلى المشتري في الأخذ بنصف إحدى الدارين.

ثم إن في المسألة حسب ذكر مفتاح الكرامة وغيره ثلاثة أقوال أخر غير قول المشهور:

(الأول: ما عن أبي علي من أن للباقي واحداً كان أو أكثر الاقتصار على أخذ حقه، لأن العفو من الشريك يقتضي استقرار الشقص المعفو عنه على ملك المشتري، كما لو عفوا جميعاً، وليس للمشتري أن يلزم الآخر أخذ الجميع، بل ليس له أي الآخر إلاّ أن يأخذ قسطه، فقد اختاره في التذكرة عند الكلام على أن الشفعة موروثة، وعن ابن شريح أنه يسقط حق الجميع، واحتمل جماعة أنه لا يصح عفوه، لأن الشفعة لا تتبعض فيغلب جانب الثبوت، ورماه في الدروس بالعبد) انتهى.

وفي الكل ما لا يخفى، لأن العفو من الشريك يقتضي استقرار الشقص.

كما استدل به القول الأول، لا يقف أمام دليل المشهور، وهو «لا ضرر»، إذ استقرار الشقص المعفو عنه على ملك المشتري لا يسبب عدم ضرره بتبعض الصفقة له، كما أن سقوط حق الجميع لا وجه له، فإنه خلاف ظاهر «على عدد الرجال»[1].

فإذا قال: لكل رجل من الرجال درهم من هذه الدراهم، فعفا أحدهم لم يكن وجه لسقوط حق الآخرين، ولو شك فالاستصحاب محكم، كما أن عدم صحة عفوه معناه أنه ليس مسلطاً على ماله ونفسه، وهو خلاف دليل السلطنة.

وعلى هذا فالأقرب من كل الأقوال المذكورة ما اخترناه كما تقدم.

ثم إن المسالك بعد ذكر القول الأول والذي نسبه إلى الشهرة بين الأصحاب.

والقول الثاني: بأن العفو يسقط حق العافي، وليس لصاحبه إلاّ أن يأخذ بقدر حقه.

والقول لثالث: بأنه لا يسقط حق واحد منهما، لأن الشفعة لا تتبعض فيغلب جانب الثبوت.

قال: (وهذا البحث يأتي مع اتحاد الشريك إذا مات وترك جماعة، ويزيد هنا احتمال رابع ببطلان حقهم مع عفو البعض، بناءً على أنهم يأخذون الشفعة للمورث، ثم يتلقون منه فيكون عفو بعضهم بمثابة عفو المورث عن بعض حقه، ولو قلنا بأنهم يأخذون لأنفسهم فهم كالشركاء المتعددين، وسيأتى الكلام فيه إن شاء الله تعالى) انتهى.

---

(١) الوسائل: ج١٧ ص٣٢٢ الباب ٧ من الشفعة ح٥.

أقول: مقتضى ما ذكرناه في كتاب الإرث أن لكل واحد منهم أن يأخذ حقه أو أن يترك، إلاّ أنه لو أخذ الجميع أو ترك الجميع فلا بأس.

أما إذا أخذ بعضهم دون بعض، فللمشتري خيار تبعض الصفقة، وهل يشترط في الأخذ أن يكون الوارث يرث عين الشيء، فإذا كانت أرضاً وكان الوارث زوجة، فحيث لا حق لها في الأرض لا حق لها في الشفعة، أو لا يشترط، لأن عدم الإرث من الأرض لا يلازم عدم الإرث من الشفعة، فـــ «ما تركه الميت لوارثه»[1] يشمل الحق، احتمالان، قد ذكرنا تفصيل الكلام في ذلك في كتاب الإرث.

((الشفعاء إذا غابوا))

ثم إن الشرائع قال: (ولوكان الشفعاء غيباً فالشفعة لهم، فإذا حضر واحد وطالب فإما أن يأخذ الجميع أو يترك، لأنه لا شفيع الآن غيره، ولو حضر آخر أخذ من الآخر نصفاً أو ترك، فإن حضر الثالث أخذ الثلث أو ترك، فإن حضر الرابع أخذ الربع أو ترك) انتهى.

وقال في المسالك: (إنما لم يكن لمن يحضر الاقتصار على حصته، لأنه ربما لا يأخذ الغائبان فتفرق الصفقة على المشتري، وهو المراد بقوله: لأنه لا شفيع الآن غيره، وإن كان لا يخلو من حزازة، لأن الغائب أيضاً شفيع كما فرضه في أول المسألة، وما ذكره من التعليل يتم بالنسبة إلى الأول، أما من بعده فاقتصاره على نصيبه لا يضر بالمشتري، لأن الشقص قد أخذ منه تاماً على التقديرين، بخلاف اقتصار الأول على حصته، فإنها تفرق الصفقة على المشتري)، إلى آخر كلامه.

(١) انظر المسالك: ج٢ ص٢٨٠ سطر ٣٥.

أقول: فيما ذكره الشرائع نظر، وهو أن الغيبة لا تسقط حق الشفعة، فلا وجه لأخذ الأول الجميع على وجه يكون ملكاً له، أو يترك الجميع، بل مقتضى كون «الشفعة على عدد الرجال» أن له أن يأخذ بقدر حصته أو أن يترك، منتهى الأمر أنه إذا جاء الآخرون وأخذوا بالشفعة لم يكن حق للمشتري، وإن لم يأت الآخرون يأخذون بالشفعة فله حق تبعض الصفقة، وكذلك حال الثاني والثالث والرابع وغيرهم.

ومنه يعلم وجه النظر في بقية ما ذكره، فإنه لا دليل على أخذ الأول الكل، كما لا دليل على أخذ الثاني الشفعة من الأخذ الأول، وهكذا.

هذا بالإضافة إلى ما عرفته من المسالك من الإشكال بالنسبة إلى الشفيع الثاني، فإن اقتصار الشفيع الثاني على نصيبه لا يضر بالمشتري، لأن الشقص قد أخذ منه تاماً على التقديرين، بخلاف اقتصار الأول على حصته، فإنه تفرق الصفقة على المشتري، اللهم إلاّ أن يتمسك له بالملاك، فكما أنه لا يحق للشفيع الأول إلاّ أن يأخذ الجميع أو يدع الجميع حتى لا يتبعض الصفقة على المالك، كذلك بالنسبة إلى الشفيع الثاني بملاحظة الشفيع الأول، حيث إن تبعيض الصفقة عليه أيضاً خلاف «لا ضرر».

وبذلك يظهر وجه النظر أيضاً فيما ذكره المسالك: (من أنه يحتمل على هذا تخيير الثاني بين أن يأخذ النصف أو الثلث، فإذا قدم الثالث ووجدهما قد تساويا في الأخذ أخذ الثالث منهما على السوية، وإن وجد الثاني قد اقتصر على الثلث تخير بين أن يأخذ من الأول نصف ما في يده وهو تمام حقه، ولا يتعرض للثاني، وبين أن يأخذ من الثاني ثلث ما في يده، لأنه يقول ما من جزء إلاّ ولي منه ثلثه، فإن ترك الثاني حقه حيث لم يشارك الأول، فلا يلزمني أن

أترك حقي، ثم له أن يقول للأول: ضم ما معك إلى ما أخذته لنقسمه نصفين لأنا متساويان في الحق.

وعلى هذا، فيصح قسمة الشقص من ثمانية عشر، لأنا نحتاج إلى عدد له ثلث، ولثلثه ثلث، وأقله تسعة يحصل منها ثلاثة في يد الثاني، وستة في يد الأول، ثم نزع الثالث من يد الثاني واحداً، ويضمه إلى الستة التي في يد الأول يكون سبعة يقتسمانها بينهما، وهي لا تنقسم إلى اثنين فتضرب اثنين في تسعة تبلغ ثمانية عشر، للثاني منها أربعة مضروب الاثنين الذين بقيا له في اثنين، يبقى أربعة عشر لكل واحد من الأول والثالث منها سبعة، وإذا كان ربع الدار ثمانية عشر كانت جملتها اثنين وسبعين) انتهى.

وعن القواعد والدروس وجامع المقاصد الحكم بهذا التخيير، وكأن المسالك أخذه منهم.

وكيف كان، فكل ذلك خلاف الظاهر من دليل الشفعة، حيث إن ظاهره أن كل واحد حضر منهم فله أن يأخذ بمقدار حقه أو يترك، فإذا أخذ الجميع فلا إشكال، وإذا ترك الجميع فلا إشكال، وإذا أخذ البعض دون البعض كان للمالك خيار تبعض الصفقة.

ثم قال المسالك: (ويحتمل هنا أن لا يأخذ الثالث من الثاني شيئاً، بل يأخذ نصف ما في يد الأول فيقسم المشفوع أثلاثاً، بناءً على أن فعل الثاني لا يعد عفواً عن السدس، بل اقتصاراً على حقه، وإلاّ اتجه بطلان حقه، لأن العفو عن البعض عفو عن الكل على قوله، وإنما أخذ كمال حقه مع أنه قد قال بعضهم بسقوط حقه، لكونه قد عفا عن بعضه) انتهى.

وحيث قد تقدم جواز أن يأخذ الشفيع بعض الحق مع تخير المشتري حينئذ بين الفسخ والإمضاء من جهة تبعض الصفقة، يأتي ذلك بالنسبة إلى كل واحد من هؤلاء أيضاً ذلك.

((إذا اختلفت حصص الشركاء))

(**مسألة ٢**): قال في القواعد: (لو كان لأحد الثلاثة النصف، وللآخر الثلث، وللثالث السدس، فباع أحدهم فانظر مخرج السهام، فخذ منها سهام الشفعاء، فإذا علمت العدة قسمت المشفوع عليها ويصير العقار بين الشفعاء على تلك العدة، فلو كان البائع صاحب النصف فسهام الشفعاء ثلاثة، اثنان لصاحب الثلث وللآخر سهم فالشفعة على ثلاثة، ويصير العقار كذلك، ولو كان صاحب الثلث فالشفعة أرباعاً لصاحب النصف ثلاثة أرباعه، وللآخر ربعه، ولو كان صاحب السدس فهي بين الآخرين أخماساً، لصاحب النصف ثلاثة، وللآخر سهمان، وعلى الآخر يقسم المشفوع نصفين) انتهى.

أقول: من الواضح أن التقسيم الأول حسب السهام، وأما على الثاني فيلاحظ عدد الرجال لا السهام، وهو مذهب الصدوق كما تقدم، أما كيفية التقسيم الأول على حسب السهام فهو رأي أبي علي.

وقال في مفتاح الكرامة بعد أن ذكر أن هذا الفرع لم يذكر إلاّ في هذا الكتاب والتذكرة: (إن الوجه في الجميع ظاهر، لأنه في الأول إذا باع صاحب النصف كانت سهام الشفعاء ثلاثة، لأن صاحب الثلث له سهمان من ستة، ولصاحب السدس سهم، فإذا أخذ النصف بالشفعة صار العقار بينهما كذلك، أي أثلاثاً.

وإذا باع صاحب الثلث كما في الفرض الثاني كانت سهام الشفعاء أربعة، النصف وهو ثلاثة من ستة، والسدس، فتكون الشفعة أرباعاً، ولا نصف لكل سهم من سهمي الثلث، فنضرب اثنين في ستة يبلغ اثني عشر، لصاحب النصف ثلاثة أرباع الثلث، وللآخر الربع، فيكون العقار بينهم أرباعاً.

وإذا باع صاحب السدس كانت الشفعة بينهما أخماساً، لصاحب النصف ثلاثة، وللآخر سهمان، لأن سهامهما خمسة، ولا خمس للواحد فنضرب خمسة

في ستة فيبلغ ثلاثين، وسدسها خمسة تقسم بينهما أخماساً، فيكون العقار بينهم أخماساً) انتهى.

أقول: ويمكن استخراج حصة كل واحد على مذهب أبي علي، أن كل واحد منهم أراد معرفة قدر سهامه من المبيع يجمع بين سهام نفسه والسهام غير المبيعة، وينسب سهام نفسه إلى ذلك المجموع، ويأخذ من المبيع بتلك النسبة.

مثلاً إذا باع صاحب الثلث، قال صاحب النصف: إن ثلاثتي ثلاثة أرباع الأربعة: الأربعة المجموعة من مالي ومال من له السدس، فلي ثلاثة أرباع المبيع وهو اثنان، ويكون ثلاثة أرباعه واحداً ونصفاً، وهكذا.

ومنه يعرف كيفية استخراج الحساب بالأربعة المتناسبة، ففي المثال السابق وهو ما إذا كان لأحدهم ثلاثة، وللآخر اثنان، وللثالث واحد، وباع صاحب الاثنين يقال: إنه إذا كان لهذا (صاحب الثلاثة) أربعة كان له الاثنان بالشفعة، فإذا كان له ثلاثة فكم له، أو إذا كان له أربعة كان له اثنان، فإذا كان له واحد فكم له، فيضرب الوسطين ويقسم الحاصل على الطرف المعلوم، يخرج الطرف المجهول.

إلى غير ذلك من الأمثلة.

((**الشفعة بين الحاضر والغائب**))

(**مسألة ٣**): قال في الشرائع: (لو امتنع الحاضر أو عفا لم تبطل الشفعة وكان للغائب أخذ الجميع، وكذا لو امتنع ثلاثة أو عفوا كانت الشفعة بأجمعها للرابع إن شاء) انتهى.

ومقتضى القاعدة ما ذكرناه من أنه ليس لأحد منهم إلاّ بقدر حقه على عدد الرجال، لكن للمشتري خيار الفسخ بسبب تضرره بتبعض الشقص، ولذا أشكل الجواهر عليه بأنه على ما قلناه إن للغائب قدر استحقاقه، ففي المثال الثاني، وهو ماإذا امتنع ثلاثة، أو عفواً كان للرابع الرابع خاصة، في المسالك أنه الأشهر.

وكيف كان، فمنه يعلم الحال في أنه إذا كان ثلاثة أطفال لم يأخذوا بالشفعة ويريد الرابع الأخذ بها أو ما أشبه ذلك، فإن الجميع بملاك واحد المستفاد من قوله (عليه السلام): «على عدد الرجال»[1] ونحوه مما تقدم.

(١) الوسائل: ج١٧ ص٣٢٢ الباب ٧ ح٥.

((**إذا أخذ أحد الشركاء بالشفعة**))

(**مسألة ٤**): قال في الشرائع: (إذا حضر أحد الشركاء فأخذ بالشفعة وقاسم، ثم حضر الآخر فطلب فسخ القسمة وشارك الأول، وكذا لو رده الشفيع الأول بعيب ثم حضر الآخر كان له الأخذ، لأن الرد كالعفو).

وقال في المسالك: (إذا حضر أحد الشركاء فأخذ بالشفعة، فله مقاسمة وكلاء الغائبين لأن الحق الآن مختص به، فإذا قدم الغائب فإن عفا استقرت القسمة، وإن أخذ فله فسخ القسمة والمشاركة، لأن حقه شائع في المأخوذ في باقي السهام).

أقول: مقتضى القاعدة أنه إذا جاء أحد الشفيعين مثلاً، وأخذ الجميع على تقدير صحة أخذ الكل وقسم بين المالك وبين الشفيع، ثم جاء الثاني فله إبطال كل القسمة بين المالك والشفيع، لأن حقه شائع في الجميع، ولم يكن الأول وكيله في التقسيم.

ومنه يعرف حال ما إذا كانوا أربعة مثلاً، فأخذ أحدهم كل حصة المشتري، ثم جاء الثاني فله إبطال كل القسمة بين المالك والشفيع، ثم إذا جاء الثالث فله إبطال كل القسمة، وهكذا إذا جاء كل واحد منهم، لا أن للشفيع الثاني التنصيف مثلاً مع الشفيع الأول، ثم للشفيع الثالث أن يبطل القسمة بين الشفيعين فقط، وإنما له إبطال القسمة بين الكل، ولا يبعد أن يكون مراد الشرائع ما ذكرناه لا ما ذكره المسالك، وتبعه الجواهر حيث أقحما في المسألة وكلاء الغائبين.

قال في الجواهر مازجاً مع الشرائع: (إذا حضر أحد الشركاء فأخذ الجميع بالشفعة، بناءً على ما سمعته من المصنف وغيره، فقاسم وكلاء الغائبين

فله ذلك، لأن الحق الآن مختص به، ثم حضر الآخر الغائب فإن عفا استمرت القسمة، وإن طالب وأخذ ففي القواعد وغيرها فسخ القسمة إن شاء وشارك الأول، لأن حقه شائع في المأخوذ، وفي باقي السهام) انتهى.

وأنت ترى أن (قاسَمَ) لا يظهر منه أن المراد به وكلاء الغائبين، بل المراد به قاسم مع المالك في قبال أنه إذا لم يقاسم وجاء الآخر لم تكن قسمة حتى تفسخ، وإنما كان كالمشاع بين المالك وبين الاثنين، أو الثلاثة أو الأربعة.

وكذلك لا يظهر من عبارة القواعد ما ذكره المسالك والجواهر، فإنه قال في القواعد: (ولو حضر الثاني بعد أخذ الأول فأخذ النصف وقاسم، ثم حضر الآخر فقاسم وطالب فسخت القسمة)، وعلق عليه مفتاح الكرامة: (لأن حقه شائع في المأخوذ لكل منهما).

ومنه يعلم وجه النظر في مناقشة صاحب الجواهر على كلام الشرائع، حيث قال: (ولكن قد يناقش بأصالة بقاء القسمة الواقعة بينه وبين الوكلاء، إذ المستحق هو حينئذ، والغائب حقه متجدد فيما أخذه الأول، فلا وجه للتسلط على فسخ القسمة، ولذا بناءً على ما ذكرناه إذا أخذ حصته وقاسم مع وكلاء الغائبين لم يكن لأحد منهم الفسخ) انتهى.

وفيه: إنه لا وجه لأصالة بقاء القسمة بعد كون الحق شائعاً، وقوله: (المستحق هو والغائب حقه متجدد في ما أخذه الأول) غير ظاهر، إذ المستحق إنما كان هو وحده فيما إذا لم يأت الغائب، فقد تبدل الموضوع ولا مكان للاستصحاب.

ثم قال الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: (وكذا لو رده الشفيع الأول، أي ما شفع فيه وهو الجميع على مختار المصنف بعيب، ثم حضر الآخر كان له

الأخذ للجميع، كما صرح به الفاضل والكركي وثاني الشهيدين، لأن الرد المزبور أبطل الأخذ من أصله، فكان كالعفو الذي قد عرفت أن حكمه ذلك) انتهى.

وفي مفتاح الكرامة: (إن هذا هو خيرة التحرير والتذكرة وجامع المقاصد والمسالك).

لكن في القواعد احتمال آخر قال: (ولو رده الأول بعيب فللثاني أخذ الجميع، لأن الرد كالعفو، ويحتمل سقوط حقه من المردود، لأن الأول لم يعف بل رد بالعيب، فكان كما لو رجع إلى المشتري ببيع أو هبة)[1].

قال: إن هذا الاحتمال (هو مذهب محمد بن الحسن الشيباني، فقد قال: إنه لا يأخذ إلاّ حصته، لأن الأول لم يعف وإنما رده بالعيب، ورده به أحدث للمشتري ملكاً جديداً بعد أن خرج عنه، فلم يتوفر نصيبه على الآخر، وكان كما لو رجع إلى المشتري نصيب أحدهما ببيع أو هبة.

وفي جامع المقاصد: إنه لا شبهة في ضعفه، لأن الأول وإن لم يعف إلاّ أن الرد بالعيب اقتضى سقوط حقه من الشفعة، فجرى مجرى العفو)[2] انتهى.

وهو كما ذكر، لأنه بالرد لم ينشأ سبباً جديداً بالملك، وإنما يكون كما لو لم يأخذ من الأصل، فإذا كان على مبنى الشرائع وغيره يحق لكل واحد أخذ الجميع، كان للثاني أخذ الجميع، لكن قد عرفت أن مقتضى القاعدة أنه ليس لأحد منهم إلاّ أخذ مقدار حصته، فإن رضي المشتري بتبعض الصفقة فهو، وإلا كان له الفسخ، فلا فرق في أن يرد الشفيع الأول أو لا يرد في أنه ليس للثاني إلاّ قدر حقه.

ولذا قال في الجواهر: (هذا على مذهب المصنف، وأما على المختار فليس

(١) قواعد الأحكام: ج٢ ص٢٤٩.

(٢) مفتاح الكرامة: ج١٨ ص٥٢٣.

للآخر إلاّ نصيبه، كما أنه ليس للأول إلاّ ذلك، فإذا فرض رد نصيبه كان كالعفو بالنسبة إليه، ولا حق للآخر فيه.

ثم الظاهر أن الحكم ليس خاصاً بالرد بالعيب، بل وبغير العيب أيضاً كالغبن ونحوه، لوحدة الملاك في الجميع.

((لو استغلها الأول ثم جاء الثاني))

(مسألة ٥): قال في الشرائع: (لو استغلها الأول ثم حضر الثاني شاركه في الشقص دون الغلة).

ومثله في القواعد، وفي مفتاح الكرامة: (كما جزم به التذكرة والتحرير والدروس وجامع المقاصد والمسالك).

أقول: وذلك لوضوح أن الغلة تكون للمالك و لم يكن المالك إلاّ الأول.

وفي الجواهر تبعاً لمفتاح الكرامة: (نعم لو كان الأول وكيلاً عن الثاني وأخذ لهما بالوكالة، كان شريكاً له، بل لو قبل ذلك فضولاً وأجاز، بناءً على جريان الفضولي في الشفعة، كان كذلك أيضاً كما هو واضح)، وهو كما ذكراه.

ثم إنه لا فرق في الغلة بين المنفصلة كالثمرة، والمتصلة كنمو الشجر، فإذا كانت الغلة متصلة فاللازم أن يشترك الثاني مع الأول بالنسبة الجديدة لا بالنسبة القديمة، فإذا اشتراه الثاني وقيمته خمسة، ثم زادت على الضعف فصارت عشرة، يكون الشفيع الثاني شريكاً مع الشفيع الأول في الربع لا في النصف، إذ النصف أصبح خمسة، بينما حقه في نصف الخمسة، لا في نصف العشرة، واحتمال أنه يشاركه في نصف الشجر كاملاً وهو يساوي عشرة، وإنما على الثاني أن يدفع التفاوت إلى الأول أي الاثنين والنصف في المثال، لا يظهر له وجه.

أما إذا سبب الشفيع الأول النقص، كما لم يسق البستان فسبب هزال الأشجار مما صارت القيمة من عشرة خمسة، فليس للشفيع الثاني أخذ الجميع باعتبار أنه نصف الأصل قيمة، وإنما له أخذ نصف ما أخذه الشفيع الأول بقدر قيمة النصف الحالي لا بقدر قيمة النصف السابق.

ومما تقدم يعلم حال ما لو غرس الشفيع الأول في البستان أشجاراً، أو قلع منه اشجاراً.

((لو أخر الحاضر حتى يأتي الغائب))

(مسألة ٦): قال في الشرائع: (لو قال الحاضر: لا آخذ حتى يحضر الغائب، لم تبطل شفعته، لأن التأخر لغرض لا يتضمن الترك، وفيه تردد).

وفي القواعد: (لو قال الحاضر: لا آخذ حتى يحضر الغائب، لم تبطل شفعته على إشكال).

وقال في مفتاح الكرامة: (إن عدم بطلان الشفعة هو الذي قواه في المبسوط والمسالك، وقربه في التذكرة، وفي الدروس إن فيه قوة، ثم بين وجه الإشكال بأنه متمكن من الأخذ فكان مقصراً ونشك في كون مثل ذلك عذراً، فإن ضرره لا يدفع بضرر المشتري، والشفعة مبنية على الفور، فينبغي أن يقتصر فيها على موضع اليقين، فلا شفعة له، وهو أشبه بأصول المذهب في البعد وغيره، وكأنه قال به أو مال إليه في جامع المقاصد، ولا ترجيح في الشرائع والتحرير والإيضاح) انتهى.

لكن الأقرب هو الأول، لأن استفادة الفورية بهذا القدر من دليل الشفعة فيما لم يكن ضرر على المشتري غير ظاهر، كما سيأتي الكلام في قولهم بأن الأخذ فوري.

ومنه يعلم وجه النظر في قول الجواهر من (أنه قرب الإشكال لما تسمعه من الإجماع المحكي على الفورية التي ينافيها ذلك لتمكنه من الأخذ، ولا أقل من الشك في كون ذلك عذراً، فإن ضرره لا يدفع بضرر المشتري على أنك قد عرفت مخالفة الشفعة للأصل، فينبغي الاقتصار فيها على اليقين) انتهى.

وإن كان الجواهر أخيراً قوى الأول.

ومنه يعلم بقاء الشفعة أيضاً إذا قال الشفيع الأول: لا آخذ حتى أخابر سائر الشفعاء أو ما أشبه ذلك، أو حتى أرى وكيل الشفعاء الآخرين، أو وليهم، أو حتى أرى هل أن مالي يكفي للأخذ أم لا.

إلى غير ذلك من الأمثلة.

أما بالنسبة إلى الشفيع الثاني فيما إذا حضر وعلم بأخذ الشفيع الأول، فهل له التأخير حتى يحضر الشفيع الثالث أو لا، لم أجد لهم فيه كلاماً، وإن كان مقتضى القاعدة ما ذكرناه.

هذا كله إذا قلنا بالشفعة مع تعدد الشركاء، أما مع العدم، كما اخترناه تبعاً للمشهور، فلا يأتي هذا الفرع كما هو واضح.

ومنه يظهر حكم ما لو قال الشفيع الأول: لا آخذ بالشفعة حتى يحضر كل الشركاء، وحكم الورثة المتعددين، كما أن حكمهم أيضاً يظهر في كل المسائل السابقة واللاحقة.

((**لو أخذ الحاضر ثم جاء الغائب**))

(**مسألة ٧**): قال في الشرائع: (لو أخذ الحاضر ودفع الثمن، ثم حضر الغائب فشاركه ودفع إليه النصف مما دفع إليه البائع، ثم خرج الشقص مستحقاً، كان دركه على المشتري دون الشفيع الأول، لأنه كالنائب عنه في الأخذ) انتهى.

وفي المسالك: (إذا خرج الشقص مستحقاً بعد أخذ الشفعاء مترتبين، فالمشهور أن عهدة الجميع على المشتري لاستحقاقهم الشفعة عليه، فأخذ بعضهم قبل بعض لا يغير هذا الحكم لبقاء الاستحقاق، فكان الآخذ أولاً كالنائب عن المتأخر، لاستواء الجميع في الاستحقاق، ويشكل بأن أخذ الثاني ليس مبنياً على أخذ الأول، بل يفتقر إلى أخذ جديد وصيغة خاصة كالأول، وملك الأول للجميع لا يرتفع من أصله بأخذ من بعده، بل من حين الأخذ، ومن ثم كان مجموع النماء المنفصل له، فكونه كالنائب في محل المنع، وخصوصاً في عهدة الثمن، فإن المشتري لم يتسلم من غير الأول شيئاً، وإنما الأول أخذ من الثاني نصفه، وثالث دفعه إلى الأولين أو إلى الأول خاصة على الاحتمال السابق، فرجوعه على المشتري غير جيد) انتهى.

أقول: مقتضى القاعدة هو ما ذكره المسالك، إذ كونه كالنائب أول الكلام، فحال المسألة حال ما إذا لم يكن أياد مترتبة، مثلاً إذا كان زيد وعمرو شريكين فباع عمرو لخالد فأخذ زيد من خالد شفعة وسكن الدار سنة بعنوان المجانية إذ لا أجرة في سكنى الإنسان لملك نفسه، فإنه إذا ظهر كون نصف الدار لبكر كان للمالك أن يأخذ نصف داره، وإيجارها من الشفيع، والشفيع يرجع إلى المشتري، والمشتري يرجع إلى البائع، فكل يد إنما تعرف اليد السابقة لا يد من كان سابقاً على اليد السابقة.

وعليه فالشفيع الثاني يرجع إلى الشفيع الأول لا إلى المشتري، فإن «على اليد ما أخذت حتى تؤدي»[1] ظاهر في اليد المباشرة لا ما قبلها.

ولذا رده في مفتاح الكرامة بعد أن ذكر أنه لا ترجيح في المسألة في التذكرة بقوله: (وأنت خبير بمنع كونه كالنائب، كما تقدم لهم آنفاً، لأن أخذ الثاني مفتقر إلى أخذ جديد غير أخذ الأول، وصيغة خاصة كالأول، ثم إنه كيف يرجع على المشتري بالثمن و لم يستلم من غير الأول شيئاً) انتهى.

وبذلك يظهر أنه لا فرق في رجوع الشفيع الثاني إلى الشفيع الأول بين الثمن وأجرة الدار وأرش ما هدم منها وغير ذلك، فإن درك كله على الشفيع الأول، لا على المشتري.

ومنه يعلم وجه النظر فيما حكي عن التذكرة حيث قال: (قال بعض الشافعية: هذا الخلاف في الرجوع بالمغروم من أجرة ونقص قيمة الشقص، وأما الثمن فكل يسترد ما سلمه ممن سلمه إليه بلا خلاف)[2].

ثم قال في التذكرة: وهو المعتمد.

(واستجوده المحقق الثاني، واستحسنه الشهيد الثاني على ما حكي عنهما)[3] انتهى.

فإنه لا فرق بين الأمور من الدرك والثمن والأجرة، ولهذا قال في الجواهر: (الإنصاف أن التفصيل المزبور لا يخلو من نظر أيضاً، ضرورة كون المفروض مع ملاحظة ملك كل منهم من الآخر حقيقة يكون كترتب المشترين بعضهم من بعض، من غير فرق بين الثمن وغيره، وإلاّ كان كالنائب فيهما) انتهى.

ومنه يعلم أن قول الجواهر أخيراً: (ولا يخفى عليك أن الأول أوفق بالقواعد) غير ظاهر الوجه، كما يعلم حال الشفيع الثالث والرابع وغيرهما.

---

(١) المستدرك: ج٣ ص١٤٥ الباب ١ من الغصب ح٤.

(٢) تذكرة الفقهاء: ج١٢ ص٣٤٠ ــ ٣٤١.

(٣) مفتاح الكرامة: ج١٨ ص٥٢٦.

((إذا كانت الدار بين ثلاثة))

(**مسألة ٨**): قال في الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: (لو كانت الدار بين ثلاثة مثلاً فباع أحدهم من شريكه، ففي محكي الخلاف في موضع منه والدروس: استحق الشفعة الثالث دون المشتري، لأنه لا يعقل أن يستحق الإنسان شيئاً على نفسه، ولظهور أدلة الشفعة في غيره أو صراحتها، فإن قوله (عليه السلام): «فشريكه أحق من غيره بالثمن»[1]، صريح في غير المشتري، إذ لا يصدق عليه نفسه أنه غيره، وقيل والقائل الشيخ في المحكي من مبسوطه وموضع من خلافه: يكون بينهما، وحينئذ فهو ـــ أي الشريك ـــ مخير بين أخذ نصف المبيع أو تركه لا جميعه، كما في المسالك وغيرها) انتهى.

وفي المسالك بعد قوله: (إن القولين للشيخ) قال:

(وجه الأول: واضح، لأن الشفعة للإنسان على نفسه غير معقولة، لامتناع أن يستحق الإنسان تملك ملكه بها.

ووجه الثاني: اشتراكهما في العلة الموجبة للاستحقاق، ولا يمنع أن يستحق تملك الشقص بسببين البيع والشفعة، لأن علل الشرع وأسبابه معرفات، فلا يمنع أن يجتمع اثنان منهما على معلول واحد، ولأن للشفعة أثراً آخر غير استحقاق الملك، وهو منع الشريك الآخر من تملك مقدار مشفوعه بالشفعة، وهذا الأثر لا مانع منه، ومن ثم قرب المصنف، هذا وكلام العلامة في المختلف تفريعاً على القول بثبوتها مع الكثرة وفيه قوة، وإن كان لا يخلو من نظر)، إلى آخر كلامه.

قال في مفتاح الكرامة، عند قول العلامة (وقيل بالشركة): (كما هو خيرة الخلاف والمبسوط، وفي الشرائع لعله أقرب، وفي المختلف إنه أوجه، وفي

(١) الوسائل: ج١٧ ص٣١٦ الباب ٢ من الشفعة ح١.

جامع المقاصد إنه أصح، وفي المسالك فيه قوة، وهو ظاهر من التذكرة، واستقر كلام التحرير على التردد ونسبه أي التردد في الدروس إلى الخلاف، والموجود فيه أولاً الجزم بالأول، ثم إنه بعد سبع مسائل قال: أما الثاني فهو أقوى) انتهى.

لكن القول الأول هو مقتضى القاعدة، لظهور الأدلة في المغايرة كما عرفت، ولأن سبب الاستحقاق بالشفعة مترتب على سببيته بالشراء، فليسا معلولين لعلة واحدة حتى يقال إن علل الشرع لا يمتنع اجتماعها.

ومنه يعلم وجه النظر في رد الجواهر لهذا الدليل بقوله: (ضرورة عدم المنع من ترتب الملك على الشراء، وترتب الشفعة عليه نحو الانعتاق للقريب المترتب على ملكه الحاصل بالشراء، لأن استحقاق الشفعة أمر غير الملك الحاصل من الشراء) انتهى.

إذ قد عرفت عدم ظهور الأدلة إلاّ في التعدد، فكيف يمكن أن يستند إلى بعض العلل الاعتبارية، والاحتمالات الضعيفة في قبال الأدلة، لكن الجواهر إنما أراد رد مفتاح الكرامة في قوله المذكور لا أنه رأيه.

لأنه أولاً: قال في رد بعض أدلة القائلين بالاشتراك: بأن الجميع كما ترى بعد أن عرفت قصور أدلة الشفعة عن ثبوتها في الفرض.

وثم قال ثانياً: ومن الغريب تسالمهم على ما ذكرناه، فيما تقدم من أنه لا يشتري العامل ما فيه شفعة للمالك، معللين له بأن المالك يملكه بالشراء لا بالشفعة، وقولهم هنا أن الأقرب والأصح والأقوى صحة الشفعة للمشتري نفسه) إلى أن قال: (وكيف كان، فقد ظهر لك أن القول المذكور في غاية السقوط، وإن كان لما ذكرناه لا لما ذكروه مما هو واضح الاندفاع) انتهى.

نعم إذا قلنا بالمقالة الثانية لا حق للمشتري أن يقول خذ الكل أو أترك الكل، كما ذكره المسالك قال: (فإن قال المشتري: خذ الكل أو أترك الكل وقد تركت أنا حقي، لم يلزمه الإجابة، ولم يصح إسقاط المشتري الشفعة، لأن ملكه مستقر على النصف بالشراء، فأشبه ما إذا كان للشقص شفيعان حاضر وغائب فأخذ الحاضر الجميع، ثم عاد الغائب فإن له أن يأخذ نصفه، وليس للحاضر أن يقول أترك الكل أو خذ الكل وأنا تركت حقي، ولا نظر إلى تبعض الصفقة عليه، فإنه لزم من دخوله في هذا العقد) انتهى.

((فروع))

ثم إن باع أحد الثلاثة نصفه مثلاً من شريكيه الذي لكل ربع الدار قبل ذلك، فاللازم أن يكون لكل حق الشفعة على الآخر، إن لم نقل بانصراف الأدلة عن مثله، ويظهر الأثر فيما إذا كان الثمن مختلفاً، بأن باع نصف ما باع بدينار ونصف ما باع بدينارين، أو كانت السهام المبيعة مختلفة فباع لأحدهما ثلث ما يملك وباع للآخر ثلثيه، من غير فرق بين أن يبيعهما في بيعين أو في بيع واحد، وما كان في بيعين من غير فرق بين المتقارنين، كما إذا كان البائع ونائبه باعا في حالة واحدة، أو متعاقبين.

ولو كان الشركاء أربعة مثلاً، فباع أحدهم نصيبه من الثلاثة، كان لكل من الثلاثة أن يأخذ الشفعة من أحد الآخرين، لا من جميعهم، لأنه مقتضى كون «الشفعة على عدد الرجال»، ويحتمل أن يكون الحق له في الأخذ من كل الشركاء، فإنه كما إذا كان شريكان وباع أحدهما نصيبه من شخصين، حيث إن للشريك الثاني الأخذ منهما معاً لا من أحدهما فقط.

ويحتمل أن لا شفعة لأحد من الثلاثة على الآخر، لأن تقابل الشفعة يوجب

التهاتر، فلا حق لأحدهم في أخذ الشفعة من الآخر، لانصراف الأدلة عن مثل الشفع المتهاترة.

ثم على الاحتمال الأول لو أخذ الثاني الشفعة من الثالث انتفت شفعة الرابع عن الثالث، لأنه لا موقع لشفعته بعد أن ذهب مال الثالث إلى الثاني، ولو أخذ الثاني والثالث الشفعة من الرابع دفعة سقطت الشفعتان وبقي المال للرابع على حاله حسب مقتضى الاستصحاب، أو يقال بالقرعة، أو يقال بأنهما أي الثاني والثالث شريكان بالنسبة إلى المال بعد أخذهما الشفعة منه.

وحيث إن الشفعة ليست بيعاً لا تكون دورية، فإذا باع الأول قسماً من حقه إلى الثاني فأخذ الثالث بالشفعة من الثاني لم يكن للأول أن يأخذ بالشفعة من الثالث، إذ الانتقال من الثاني إلى الثالث كانت شفعة لا بالبيع حتى يحق للأول أن يقول: لي الشفعة على الثالث.

وفي المقام فروع كثيرة نتركها خوف التطويل.

((لو باع اثنان من ثلاثة صفقة))

(**مسألة ٩**): قال في الشرائع: (لو باع اثنان من ثلاثة صفقة فللشفيع أخذ الجميع، وأن يأخذ من اثنين ومن واحد، لأن هذه الصفقة بمنزلة عقود متعددة، ولو كان البائع واحداً من اثنين كان له أن يأخذ منهما أو من أحدهما، ولو باع اثنان من اثنين كان ذلك بمنزلة عقود أربعة، فللشفيع أن يأخذ الكل، وأن يعفو، وأن يأخذ الربع والنصف، أو ثلاثة الأرباع) انتهى.

أقول: الأصل في هذه المسألة أنه ليس للشفيع تبعيض الصفقة على المشتري بدون رضاه كما تقدم، فإن بعّض الصفقة على المشتري كان له القبول أو الرد، نعم يأتي الكلام في أنه هل للشفيع ذلك في الوارث بما إذا مات المشتري وورثه وراث متعددون أو لا.

الأول: إن له ذلك باعتبار تعددهم فلا ضرر.

والثاني: عدمه لانصراف الأدلة إلى أخذ الكل أو ترك الكل.

ولا يبعد الأول، وقد ذكرنا سابقاً أنه للشفيع أن يأخذ البعض حتى من المشتري إذا لم يكن له مانع من ذلك، فإن الشفعة عامة ودليل «لا ضرر» مخصصها، فحيث لا ضرر لم يكن مانع من ذلك، والانصراف لو كان سواء في المسألة السابقة أو في مسألة الوارث، فإنما هو بدوي.

وكيف كان، ففي المسألة المفروضة هنا لا تبعيض للشفعة لو اقتصر على الأخذ من واحد أو اثنين أو أكثر في الشركاء المتعددين، لأنها شفعات متعددة، وكون البيع بصيغة واحدة لا يضر بعد أن كانت بيوع في صيغة بيع، كما لو كان أنكحة في صيغة نكاح، بل وحتى إذا كانت الصيغة والبيع واحدين، لكن كان في بعضها شفعة دون بعض، كما إذا باع الشفيع صفقة واحدة ما فيه الشفعة وغيره من المشتري، حيث إنه للشفيع الأخذ بالشفعة، ولا يقال: بأن تبعض

الصفقة على المشتري يوجب أن يأخذ الشفيع الكل أو يترك الكل، إذ للشفيع أن يأخذ ما فيه الشركة دون ما ليس كذلك.

وعلى هذا، فإذا باع الشريك نصف داره صفقتين في بيع واحد لشخص واحد، كان للشفيع أن يأخذ إحدى الصفقتين، ويدع الأخرى لفرض أنهما بيعان.

نعم إذا كان بيع واحد وأخذ الشفيع بعضه، كان للمشتري خيار الفسخ بتبعض الصفقة عليه، فالمناط فيما للشفيع الأخذ بالبعض بدون حق للمشتري في الإبطال بلا ضرر، أنه إما أن يكون البيع متعدداً، وإما أن يكون بيع ما فيه شفعة وما ليس فيه شفعة مع وحدة البيع، أما في غير هاتين الصورتين فللشفيع الأخذ بالبعض، وإن كان للمشتري خيار تبعض الصفقة.

وكيف كان، فقد كان الأولى بالشرائع أن يذكر الأقسام الثلاثة، من وحدة البائع أو المشتري وتعدد الآخر أو تعددهما، وإذا أضيف إلى الأقسام الثلاثة وحدتهما حصلت أقسام أربعة.

أما ذكر بيع الاثنين من ثلاثة والاثنين من اثنين فهو كالتكرار، وفي قباله لم يذكر بيع الاثنين من واحد بينما هو من الأقسام أيضاً.

ولذا قال الجواهر: (المراد هنا بيان أنه لا تبعيض في الشفعة مع تعددها بتعدد البائع والمشتري، بل قد يقال بتعددها أيضاً بتعدد الثمنين وإن كان البائع والمشتري والمبيع واحداً في الظاهر، وأولى من ذلك بالتعدد بيع الشقصين من دارين، وإن كان البائع والمشتري واحداً) انتهى.

وقد ظهر بذلك حال ما إذا اختلف الثمنان قدراً أو اتحدا، مثلاً باع نصف ما يملك بدينار ونصفه الآخر بدينارين، أو باع كل نصف بدينار.

كما أنه لا فرق بين تساو المبيعين كالنصف والنصف، أو اختلافهما كالثلث والثلثين كما تقدم.

وفي القواعد قال: (لو باع شقصاً من ثلاثة دفعة، فلشريكه أن يأخذ من الثلاثة، ومن اثنين، ومن واحد، لأنه بمنزلة عقود متعددة).

وفي مفتاح الكرامة: (كما صرح بذلك في المبسوط وغيره، لأن الصفقة تتعدد بتعدد المشتري، ومتى تعددت العقود كان بالخيار).

أقول: لا يخفى أن هذه العلة أيضاً موجودة في تعدد البائع، وتعدد البيع حتى مع وحدة البائع والمشتري والمبيع، كما تقدم في كلام الجواهر.

ثم إن الشرائع قال: (وليس لبعضهم مع الشفيع شفعة، لانتقال الملك إليهم دفعة فيتساوى الآخذ والمأخوذ منه. ولو باع الشريك حصته من ثلاثة في عقود متعاقبة، فله أن يأخذ الكل، وأن يعفو، وأن يأخذ من البعض، فإن أخذ من الأول لم يشاركه الثاني والثالث. وكذا لو أخذ من الأول والثاني لم يشاركه الثالث، ولو عفا عن الأول وأخذ من الثاني شاركه الأول، وكذا لو أخذ من الثالث شاركه الأول والثاني لاستقرار ملكهما بالعفو) انتهى.

أقول: أما الفرع الأول، فقد ذكره المبسوط في محكي كلامه، وتبعه غيره، فقد قال فيه: (فإن أخذ من واحد وعفا عن الآخرين كان له ذلك، فإن قال الآخر: إن قد عفوت عنا فصرنا لك شريكين فعليك أن تشاركنا في شفعة الثالث، لم يلزمه ذلك، لأن الملك انتقل إليهم دفعة فلم يسبق ملك أحدهم صاحبه) انتهى.

أما في صورة التعاقب، فوجه ما ذكره أنه يستحق الأخذ من الجميع ومن البعض، كون الصفقة متعددة، وكونه شريكاً عند كل بيع، فأدلة الشفعة شاملة للجميع، سواء أخذ بالجميع أو أخذ بالبعض، فان أخذ من الأول

خاصة لم يشاركه الثاني والثالث، لأنهما لم يكونا شريكين في وقت شراء الأول، فلا شفعة لهما، وإن أخذ من الأول والثاني لم يشاركه الثالث، لأنه لم يكن شريكاً عند شرائهما، وإن أخذ من الثاني وعفا عن الأول شاركه لاستقرار ملكه بالعفو، وكونه شريكاً عند شراء الثاني فيستحق الشفعة، وإن عفا عن الأول وأخذ من الثالث شاركاه، لكونهما شريكين حال شرائه، وقد استقر ملكهما قبل الأخذ، كما صرح بذلك المسالك وغيره.

ثم إن القواعد احتمل احتمالاً آخر، قال: (ولو رتب فللشفيع الأخذ من الجميع ومن البعض، فإن أخذ من السابق لم يكن للاحق المشاركة، وإن أخذ من اللاحق شاركه السابق، ويحتمل عدم المشاركة، لأن ملكه حال شراء الثاني يستحق أخذه بالشفعة فلا يكون سبباً في استحقاقها) انتهى.

وقد أطال في مفتاح الكرامة تبعاً للمسالك في شرح قول العلّامة هنا وتضعيفه، وفيما بعده، وألمع الجواهر إلى هذا الاحتمال إلماعاً، لكن حيث كان الاحتمال المذكور ضعيفاً، وكذلك الاحتمال الذي ذكره بعد ذلك فيما لو أخذ من الجميع لم يشاركه أحد، حيث قال في القواعد:

(ويحتمل مشاركة الأول الشفيع في شفعة الثاني، ومشاركة الشفيع الأول والثاني في شفعة الثالث، لأنه كان ملكاً صحيحاً، حال شراء الثالث. ولهذا يستحق لو عفا عنه، فكذا إذا لم يعف، لأنه استحق الشفعة بالملك لا بالعفو، كما لو باع الشفيع قبل علمه فحينئذ للشفيع سدس الأول، وثلاثة أرباع سدس الثاني، وثلاثه أخماس الثالث، وللأول ربع سدس الثاني، وخمس الثالث، وللثاني خمس الثالث، فتصح من مائة وعشرين، للشفيع مائة وسبعة، وللأول تسعة، وللثاني أربعة، وعلى الآخر للأول نصف سدس الثاني، وثلث

الثالث، وللثاني ثلث الثالث، فتصح من ست وثلاثين، للشفيع تسعة وعشرون، وللأول خمسة، وللثاني اثنان) انتهى.

تركنا تفصيل الكلام في ذلك خوف التطويل، فعلى الطالب أن يرجع الكتابين المذكورين.

ومما تقدم ظهر ما لو باع بعض حقه لإنسان أولاً، ثم بعض حقه لنفس ذلك الإنسان ثانياً، وأبقى بعض حقه لنفسه، أو لم يبق بعض حقه لنفسه، وإنما باع كل حقه لإنسان مرتين أو أكثر.

وكذلك إذا باع كل حقه أو بعض حقه لنفرين في بيعين سابق ولاحق، أو في بيع واحد، أو في بيعين متقارنين.

((لو باع أحد الحاضرين ولهما شريكان غائبان))

(**مسألة ١٠**): قال في الشرائع: (لو باع أحد الحاضرين ولهما شريكان غائبان، فالحاضر هو الشفيع في الحال، إذ ليس غيره، فإذا أخذ وقدم أحد الغائبين شاركه فيما أخذ الحاضر بالسوية، ولو قدم الآخر شاركهما فيما أخذا، فيكون له ثلث ماحصل لكل واحد منهما) انتهى.

وحيث قد تقدم هذه المسألة في المسألة الأولى، لا داعي إلى تكرار التفصيل فيها، وقد عرفت هناك وجه النظر في قوله: (إن الحاضر هو الشفيع في الحال)، إذ الغيبة لا تنافي حق الشفعة، سواء حضر أو لم يحضر.

ومثل الغائب الصغير فكبر، أو المجنون والمغمى عليه فصحا، أو ما أشبه.

((**الشفعة بين العم وابن الأخ**))

(**مسألة ١١**): قال في الشرائع: (لو كانت الدار بين أخوين فمات أحدهما وورثه ابنان له فباع أحد الوارثين، كانت الشفعة بين العم وابن الأخ لتساويهما في الاستحقاق، وكذا لو كان وارث الميت جماعة) انتهى.

أقول: بعد وضوح عدم الفرق بين كون وارث الميت اثنين أو جماعة، وجه المسألة واضح، فإن العم وابن الأخ شريكان، وإن اختلف سبب الملك، لوضوح عدم مدخليته في استحقاق الشفعة.

قال في المسالك: (ونبه بذلك على خلاف بعض العامة، حيث ذهب إلى اختصاص ابن الأخ بالشفعة استناداً إلى أن ملكه أقرب إلى ملك الأخ، لأنهما ملكا بسبب واحد، ولهذا لو ظهر دَين على أبيهما يباع فيه ملكهما دون ملك العم. وإن كان أقرب ملكاً كان أحق بالشفعة كالشريك مع الجار، ورد بأن النظر إلى ملك المشتري لا إلى سببه، لأن الضرر المحوج إلى إثبات الشفعة لا يختلف) انتهى.

وهو كما ذكره، ولذا تبعه في ذلك الجواهر وغيره.

((**فروع**))

ثم لو مات الشفيع وله وارثان وأخذ أحدهما بالشفعة دون الآخر، كان للمشتري الفسخ لتبعض الصفقة عليه، فحاله في ذلك حال ما إذا أخذ الشفيع بعض المبيع دون بعضه الآخر.

ثم لا يخفى أنه إذا ترك أحدهما شفعته لم يكن للوارث الآخر أخذ الجميع، إذ الترك حاله حال الإعراض عن الإرث، حيث إن سائر الورثة لا يرثون إرث الذي أعرض عن إرثه، لأن الإعراض عن الإرث يلحقه بالمباحات، وكذلك الإعراض عن الحق فإنه يسقطه، فلاحق لغيره في ادعائه، وارثاً كان أم لا، فهناك فرق بين العين التي أعرض الوارث عنها حيث إنها لكل أحد أخذها، بخلاف الحق فإنه إذا أعرض عن حقه لا يكون لكل أحد أخذه.

نعم لو قلنا: بأن حق الشفعة قابل للنقل، كان لأحدهما أن يهب حقه في الشفعة إلى الآخر، بل له الحق في أن يهبه إلى أجنبي، لكن ظاهر الأدلة أن حق الشفعة لا ينتقل، ولو شك في قابلية الانتقال وعدمها فالأصل عدم قبوله الانتقال، لأن الشفعة كما عرفت خلاف الأصل، يقتصر فيه على موضع الدليل.

ولو كان الشركاء ثلاثة، فباع أحدهم حصته من أجنبي، كان للشريكين الأخذ بالشفعة، كل على قدر نصفه حسب «عدد الرجال» كما تقدم في الرواية[1]، وقد تقدم أنه إذا أخذ بالشفعة أحدهما بمقدار حقه لم يكن للمشتري حق تبعض الصفقة، لأنه داخل على ذلك.

ومنه يعلم أنه لو ورث هذين الشريكين وارث واحد كان له الحق في أخذ كلا الحقين أو أحدهما، ويكون حاله حال مورثه في أنه ليس للمشتري خيار تبعض الصفقة إذا أخذ أحد الحقين دون الآخر.

نعم إذا أخذ الوارث بعض حق أحدهما كان له خيار تبعض الصفقة، لأنه لم يدخل على ذلك، فدليل «لا ضرر محكم»، والله سبحانه العالم.

---

(١) الوسائل: ج١٧ ص٣٢٢ الباب ٧ من الشفعة ح٥.

فصل

في كيفية الأخذ بالشفعة

((هل الشفعة بالعقد وانقضاء الخيار))

(**مسألة ١**): قال في الشرائع: (ويستحق الشفيع الأخذ بالعقد وانقضاء الخيار لأنه وقت اللزوم، وقيل: بنفس العقد وإن لم ينقض الخيار، بناءً على أن الانتقال يحصل بالعقد وهو أشبه. أما لو كان الخيار للمشتري خاصة، فإنه يستحق بنفس العقد لتحقق الانتقال) انتهى.

وقال في القواعد: (والأقرب عدم اشتراط اللزوم، فلو باع بخيار تثبت الشفعة، اشترك أو اختص بأحدهما، ولا يسقط خيار البائع حينئذ).

وفي مفتاح الكرامة: (إن عدم اشتراط اللزوم، وأنه لا فرق بين أن يشترك الخيار أو يختص، هو خيرة السرائر والشرائع والتذكرة والإرشاد والمختلف والكتاب والإيضاح واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان والكفاية والمفاتيح، لكن في الخلاف والمبسوط والمهذب والغنية أن لا شفعة في البيع الذي فيه الخيار للبائع أو لهما، لأن الملك لم يزل عن البائع، قالوا: أما ما لا خيار فيه أو فيه خيار للمشتري وحده ففيه الشفعة، لأن الملك قد انتقل للمشتري وزال عن البائع، وهو المحكي عن أبي علي.

وقال في التحرير أولاً: في قول الشيخ قوة من حيث إن في الأخذ إسقاط حق البائع، ثم قال بعد ذلك: أنا في ذلك من المتوقفين، ولا ترجيح في الدروس.

وأما إذا كان الخيار للمشتري، فقد نص في الخلاف والمبسوط والمهذب والغنية أن الشفعة تجب للشفيع، وله المطالبة بها قبل انقضاء الخيار، وهو المحكي عن أبي علي، وفي المسالك أنه لا خلاف فيه، وفي الكفاية الإجماع عليه، وفي التذكرة أنه مذهبنا، لكن عن خيار الخلاف أنه إذا كان الخيار للمشتري وحده زال ملك البائع عنه بنفس العقد، لكنه لم ينتقل إلى المشتري حتى ينقضي الخيار، فإذا انقضى ملك المشتري بالعقد الأول) انتهى ملخصاً.

((لا تتوقف الشفعة على مضي الخيار))

أقول: مقتضى أدلة الشفعة أن للشفيع الحق في الأخذ بالشفعة بمجرد حصول البيع، سواء كان الخيار لأحدهما أو لهما أو لثالث معهما أو مع أحدهما أو بدونهما، والقول بأنه لا ينتقل من البائع أو إلى المشتري في زمن الخيار ضعيف كما حقق في كتاب البيع.

ومنه يعلم وجه النظر في استدلال الإرشاد الذي جعل الأخذ بعد انقضاء زمن الخيار بعدم الفائدة قبله، إذ ليس له انتزاع العين قبله لعدم استقرار ملكه.

إذ فيه: بالإضافة إلى إطلاق الأدلة، أن الفائدة تظهر في النماء وغيره.

أما قول من تقدم من أنه لا شفعة في البيع الذي فيه الخيار للبائع أو لهما، مستدلين بأن الملك لم يزل عن البائع، أما ما لاخيار فيه أو فيه الخيار للمشتري وحده ففيه الشفعة، لأن الملك قد انتقل إلى المشتري وزال عن البائع.

ففيه أولاً: إن الملك ينتقل وإن كان الخيار موجوداً، كما ذكرناه في كتاب البيع، وهو المشهور بين الفقهاء أيضاً.

وثانياً: ما ذكره الجواهر من أن مقتضى إطلاق أدلة الشفعة ثبوتها ببيع

الشريك، وإن لم نقل بالانتقال إلى المشتري، إذ لعل تهيئ ذلك له كاف في ثبوتها.

ولذا قال السرائر فيما حكي عنه: (إن المقتضي وهو البيع الناقل للملك مع وجود الشريك موجود، لمكان عموم النص من دون تبادر اللزوم، والخيار غير صالح للمانعية، لأن التزلزل لم يثبت كونها مؤثراً) انتهى.

ومنه يعلم الوجه في الحق في أخذ الشفعة إذا كان الخيار للمشتري كما ذكره المشهور، بل ادعي عليه الإجماع كما تقدم، وقول الشيخ في خيار الخلاف لا يتمكن أن يقف أمام دليلهم، فإنه لا دليل على أنه لم ينتقل إلى المشتري في زمان خياره، بالإضافة إلى أنه على تقدير تماميته وأنه لم ينتقل إلى المشتري يأتي قول الجواهر المتقدم بأن إطلاق الأدلة يقتضي كون التهيئ كاف في ثبوت الشفعة.

((بقاء الخيار مع الأخذ بالشفعة))

ثم إن مقتضى إطلاق أدلة الخيار أن الخيار باق وإن أخذ الشفيع بالشفعة، سواء كان الخيار للبائع أو المشتري أو لهما، أو للأجنبي معهما أو مع أحدهما أو بدونهما، لأن الأخذ بالشفعة مبني على البيع، فإذا زال البيع زالت الشفعة، فيكون حال المقام حال ما إذا باع المشتري العين في حال خيار البائع، فإن البائع إذا فسخ العقد أخذ العين حيث وجدها، وكذلك في صورة تصرف البائع في الثمن فيما إذا كان المشتري له الخيار، وهكذا حال خيار الأجنبي.

ثم إن مفتاح الكرامة قال: (وتبعه عليه الجواهر بتقطيع، وهل يسقط حينئذ خيار المشتري أم لا، قال في التذكرة: يثبت له خيار الفسخ، وذلك لا يمنع الأخذ بالشفعة، وقال في المسالك: ظاهرهم سقوط الخيار، وفي المفاتيح: إنه ظاهر

الأكثر، وفي الحكايتين تأمل ظاهر إن كانا فهما ذلك من كلامهم، مع أن الأول حكاه في الروضة عن الشهيد احتمالا، وستسمعه قريباً، وإن كانا فهما ذلك من أنه إذا انتقل الملك عنه كيف يبقى له خيار، ففيه: إن البائع والأجنبي يثبت لهما ذلك مع عدم الملك، ووجهه أي سقوط خياره: أنه لا فائدة في فسخه، لأن غرضه على تقديره حصول الثمن، وقد حصل من الشفيع.

وقال في الدروس: ويلزم على قول الفاضل كون أخذ الشفيع على تقدير خيار البائع مراعىً أن تكون المطالبة، يعنى الأخذ على تقدير كون الخيار للمشتري مراعاة أيضاً) انتهى.

ثم قال: (وتبعه المسالك، ويمكن القول بأن الأخذ يبطل خيار المشتري، كما لو أراد الرد بالعيب فأخذ الشفيع، لأن الغرض الثمن وقد حصل من الشفيع، إلاّ أن يجاب بأن المشتري يريد دفع الدرك) انتهى.

أقول: قد عرفت أن مقتضى القاعدة بقاء الخيار، إذ لا دليل على سقوطه، ولو شك فالاستصحاب محكم، والقول بأنه من تبدل الموضوع غير ظاهر، لأن الموضوع عرفي وهو لا يرى التبدل، حتى إذا لم يكن أي نفع في الأخذ بالخيار، إذ الخيار لا يقيد بالنفع وعدم النفع كما هو واضح، كما فيما إذا لم تكن شفعة أو لم يؤخذ بها، بل مقتضى الصناعة ما عرفت من أنه إذا أخذ بالخيار استرجع العين، لا المثل أو القيمة.

ومنه يظهر وجه النظر في قول الجواهر: (ولكن لا يخفى عليك ما في الجميع، ضرورة عدم مدخلية حصول الفائدة، وعدمها في ثبوت الحق مع فرض اقتضاء إطلاق الأدلة والاستصحاب بقاءه، وعدم الرد بالعيب مع فرض أخذ

الشفيع ورضاه به أنه انتقل الملك عنه، ولا تسلط له على فسخه، فيتعين له الأرش، ولكن الأصل براءة الذمة منه هنا بعد أخذ الشفيع بالثمن الذي اشتراه، فلم يلحقه منه ضرر، فالتحقيق بقاء ماله من الخيار الذي لا يبطل بأخذ الشفعة كخيار الشرط ونحوه مثلاً، فيفسخ حينئذ إن شاء ويدفع القيمة أو المثل، كما في غير الفرض، إلا أني لم أجد أحداً احتمل هذا هنا، وكذا ما ذكرناه سابقاً، وإن كان هو مقتضى قواعد الخيار) انتهى.

إذ أولاً: لا وجه لسقوط الأرش بعد كونه حقه، ولا يقاوم الأدلة أصل البراءة الذي ذكره، فهو مثل ما إذا باع المشتري المبيع الذي له فيه الأرش لغيره مما سبب أن يكون لمشتري المشتري أيضاً الأرش على المشتري، فإن المشتري الثاني سواء أخذ الأرش أو لم يأخذ كان للمشتري الأول الأرش.

وثانياً: إنه قد عرفت أن بعد الفسخ يدفع القيمة أو المثل خلاف مقتضى الصناعة، إذ مقتضاها استرجاع العين أين وجدها، أما إذا رد الشفيع العين لعيب أو نحوه فالظاهر أن لذي الخيار من الثلاثة، أي البائع أو المشتري أو الأجنبي، الأخذ بخياره، لأن بعد بطلان الشفعة من رأس لا وجه لعدم الخيار، أو لعدم استرجاع العين بعد الأخذ بالخيار، وإن كانت المعاملات، كما إذا باع الشفيع لغيره والمشتري لثالث ثم رجعت العين إلى الشفيع بالإقالة أو بالخيار أو ما أشبه، ثم أرجعها الشفيع إلى المشتري بخيار أو إقالة أو ما أشبه، فإن الظاهر أن الشفيع والمشتري لهما حق الإقالة والاستقالة، لإطلاق أدلتها.

قال في القواعد: (ولو باع الشريك تثبت للمشتري الأول الشفعة، وإن كان لبائعه خيار الفسخ، فإن فسخ بعد الأخذ فالمشفوع للمشتري، فإن فسخ قبله فلا حق للبائع، وفي المشتري إشكال) انتهى.

وأوضحه في مفتاح الكرامة، وتبعه الجواهر فقال: (ظهر مما ذكرناه ثبوت الشفعة للمشتري الأول الذي فرض وجود الخيار لبايعه لو لم يأخذ شفيعه بالشفعة، بل باع شقصه من آخر، بالاندراج في إطلاق الأدلة، فإن فسخ بائعه بعد الأخذ فمشفوعه له، وإن فسخ قبله فلا شفعة للبائع قطعاً، لتجدد ملكه حين الفسخ. وأما المشتري فقد ذكرنا قوة سقوطها منه أيضاً، اقتصاراً في ثبوت الشفعة المخالفة للأصل على المتيقن الذي هو وجود الملك وقت الأخذ كوقت البيع، مع أنه احتمله غير واحد للأصل، ولكن الأقوى الأول كما عن الكركي التصريح به) انتهى.

مثلاً كان زيد وبكر شريكين، فباع بكر حصته من خالد بخيار، ثم بعد ذلك باع زيد حصته من عمرو، حيث إن خالداً صار شريكاً لزيد ووقع بيع زيد لعمرو بعد شركة خالد له، فكان لخالد حق الشفعة على عمرو المشتري الثاني، فإذا فسخ بائعه وهو بكر مال خالد بحيث رجع المال إلى بكر فحصة عمرو تبقى لخالد، حيث إن حصة عمرو انتقلت إلى خالد، فلا وجه لبطلان شفعة خالد بسبب بطلان البيع الذي كان بين بكر وخالد.

أما إذا فسخ بكر قبل أخذ خالد بالشفعة مال عمرو فلا شفعة لخالد على مال عمرو، لأنه انتفى ماليته، وبذلك انتفى الموضوع، وبانتفاع الموضوع فلا شفعة لخالد على مال عمرو، كما أنه لا شفعة لبكر بالنسبة إلى مال عمرو، لأن بكراً صار مالكاً بعد بيع زيد لعمرو.

ومن ذلك يعرف ما إذا كان لزيد أيضاً على عمرو خيار ففسخ قبل أخذ خالد الشفعة من عمرو، أو فسخ بعد أخذ خالد الشفعة من عمرو.

ثم إن الجواهر قال: (هذا، ولا يتوهم من ذكر العقد في المتن وغيره باعتبار كون البيع بصيغته في ثبوت الشفعة، إذ الظاهر ثبوتها بالمعاطاة بناءً على إفادتها البيع وإن كان متزلزلاً لإطلاق الأدلة، ويأتي البحث في الفسخ من البائع أو المشتري بعد الأخذ نحو ما سمعته في الخيار) انتهى.

ولا هو كما ذكره، إذ المعاطاة أيضاً بيع فيشملها الأدلة، وقد ذكرنا في باب المعاطاة أن مقتضى القاعدة أنها بيع لازم لا بيع جائز، كما ذكره غالب المتأخرين.

ثم إن من الحكم في الخيار يظهر حكم ما إذا حصلت الإقالة، لأنهما من هذه الجهة التي نحن فيها سواء.

((**لا تتبعض الشفعة**))

(**مسألة ٢**): قال في الشرائع: (وليس للشفيع تبعيض حقه، بل يأخذ الجميع أو يدع).

وقال في مفتاح الكرامة عند قول العلامة: (ولو اتحد الشريك فله أخذ الجميع وأحدهما): (يريد أنه إذا باع شقصين من دارين وكان الشريك واحداً فيهما، فله أخذ الجميع وأحدهما، لأن الشركة في كل واحد من الشقصين بسبب مغاير للشركة في الآخر، فلا تكون الشركة فيهما واحدة، ولا أثر لاتحاد الصفقة في ذلك، فإن حقه في أحدهما غير شائع في حق الآخر من الآخر، بخلاف الدار الواحدة، فإن سبب الشركة فيها واحد وحقه فيها شائع، وبما في الكتاب صرح في المبسوط والشرائع والتحرير والدروس وجامع المقاصد والمسالك) إلى آخر كلامه.

وعلّله في المسالك بأن حقه هو المجموع من حيث هو مجموع، ولما في تبعيض الصفقة من الإضرار بالمشتري، ولا يناسب بناء الأخذ الذي شرع لدفع الإضرار على الإضرار.

وفي الحدائق إنه ظاهر الأصحاب من غير خلاف يعرف، ثم علل ذلك بعلته في المسالك، ثم قال: (والأظهر في تعليل ذلك إنما هو ما قدمناه من أن الأصل بمقتضى الأدلة العقلية والنقلية كتاباً وسنّةً هو عدم الأخذ بالشفعة، فيقتصر في جواز الأخذ بها على ما قام عليه الدليل، والأخبار الواردة بالشفعة على كثرتها وتعددها إنما وردت باعتبار المجموع، وما عداه تبقى صحته موقوفة على الدليل) انتهى.

وفي الجواهر: (للضرر بالتفريق الذي ينافي حكمة مشروعية الشفعة،

ولأنه المنساق من قوله (عليه السلام): «فشريكه أحق به من غيره بالثمن»[1]) انتهى.

لكن مقتضى الصناعة الصحة، وإنما يتدارك ضرر المشتري بخياره في تبعض الصفقة، إذ لا إجماع في المسألة، وقد اعترف الجواهر بترك التعرض له من جماعة، والضرر متدارك كما عرفت، وكون حقه هو المجموع من حيث هو مجموع وإن صح في الجملة، لكنه خلاف المستفاد عرفاً من أمثال هذه العبارة.

فإذا قال: حقك هذه الدار أو هذا المال، فله أخذ البعض وترك البعض، فإن المجموعية من حيث المجموعية قيد زائد يحتاج إلى دليل، وأي فرق بين بيع شقصين من دارين أو شقص من دار حتى أجازوا الأول كما تقدم في مفتاح الكرامة وغيره، و لم يجيزوا الثاني.

أما كون الشفعة خلاف الأصل كما استدل به الحدائق وتبعه الجواهر، فلا ينافي ما يظهر من الدليل عند العرف، ولا مشابهة للمسألة بحق القصاص، حيث قال في الجواهر: (بل لا يبعد كونها من قبيل حق القصاص الذي لا يقبل التجزئة فلا يصح وإن رضي المشتري)[2]، لأن المعيار هو الفهم العرفي، والفهم في الماليات غير الفهم في مثل حق القصاص، بل القصاص أيضاً يتبعض في الجملة.

نعم محل الاحتياط في المسألة واضح، خصوصاً بعد ما رواه الدعائم، عن أبي عبد الله (عليه السلام): إنه سئل عن البيع يقع على المشاع والمقسوم صفقة واحدة، هل لشفيع المشاع أن يأخذ المشاع بقيمته دون المقسوم، قال: «لا، إنما

---

(١) الوسائل: ج١٧ ص٣١٦ من الباب ٢ ح١.

(٢) جواهر الكلام: ج٣٧ ص٣٢٥.

له الصفقة بكمالها ما كان فيها من مشاع ومقسوم، فإن أراد أخذهما معاً وإلا يسلمهما معاً)[1].

لكن التعليل بالضرر في بعض الروايات السابقة، ورواية الدعائم أيضاً عن الصادق (عليه السلام)، إنه قال: في الأرض تكون حبيساً على القوم فيبني فيها بعضهم ثم يموت فيبيع بعض ورثته حصته، هل لصاحبه شفعة، قال: «نعم له الشفعة، لأنه يدخل على ما بقي مضرة إذا كان يهدم نصف كل بيت فيدخل في ذلك فساد»[2].

يؤيد أن العلة الضرر، وأنه حيث لا ضرر لا بأس، فإذا لم يكن ضرر كما في الشقصين، أو رضي به المشتري كان مقتضاه عدم البأس بذلك، إلاّ أن يقال: إنه حكمة كما هو الغالب في تعليل الروايات.

ثم إنه سيأتي أنه لا فورية في الشفعة على النحو الذي ذكره جماعة، فما قالوه من أنه لو قال: أخذت نصف الشقص خاصة بطلت شفعته في الجميع، لأن العفو عن البعض يبطلها حينئذ، بل عن الفاضل والكركي وثاني الشهيدين بطلانها لو قال: أخذت نصف الشقص، وإن لم يقل خاصة، بالتبعيض وفوات الفورية، كما عن محمد بن الحسن الشيباني، خلافاً للمحكي عن أبي يوسف من الصحة في الجميع لاستلزام أخذ البعض أخذ الجميع، لعدم صحة أخذه وحده، إلى آخر ما ذكروا، غير ظاهر الوجه.

فإذا أخذ البعض وصح أن يأخذ البعض الآخر وأن يدع، لكن لا مع طول الزمان كما سيأتي في مسألة الفورية، فإن أخذ البعض ورضي به المالك صار ذلك البعض له، لا أن يكون الكل له كما قاله أبو يوسف.

---

(١) المستدرك: ج٣ ص١٤٩ الباب ١١ ح٧.

(٢) المستدرك: ج٣ ص١٤٩ الباب ١١ ح٥.

قال في محكي الدروس: (لو قال: أخذت نصف الشقص خاصة بطلت، لأن العفو عن البعض يبطلها، ويحتمل أن يكون ذلك أخذاً للجميع، ولو اقتصر على قوله: أخذت نصفه، فوجهان، وأولى بالبقاء، لأن أخذ البعض لا ينافي أخذ الكل، إلاّ أن يؤدي إلى التراخي) انتهى.

وفيه مواقع للنظر كما لا يخفى، نعم على الفورية المشهورة إذا كان أخذ البعض غير مناف للفورية، كما لو قال هو: أخذت النصف، وقال وكيله مقارناً له: أخذت النصف الآخر، أو قال أحد الوليين: أخذت النصف، وقال الآخر: أخذت النصف، وهكذا في الوارثين صح، لأنه لا ينافي الفورية، بل لا يبعد الصحة على الفورية إذا قال: أخذت بالنصف والنصف أو ما أشبه، لأنه لا ينافي الفورية، ولا يظهر من الدليل حتى على القول بالفورية أن ذلك مناف لها.

نعم لا إشكال فيما إذا جهل بالقدر، كما إذا زعم أن البائع باع نصف ما يملك، فقال: أخذت ما اشتريته، مريداً لما في ذهنه من نصف مال المالك، أو زعم أن المالك كان له الثلث مثلاً فباع الثلث، ثم علم بعد ذلك بأنه أكثر، لما يأتي من أن الجهل لا يضر بالتأخير.

((**الشفعة بنفس الثمن**))

(**مسألة ٣**): قال في الشرائع: (ويأخذ بالثمن الذي وقع عليه العقد، وإن كان قيمة الشقص أكثر أو أقل).

وقال في مفتاح الكرامة عند قول العلامة: (وإنما يأخذ بالثمن الذي وقع عليه العقد): هذا مما اتفق عليه الخاصة والعامة، طفحت بذلك عباراتهم وصرحت به رواياتهم، فقد روى العامة، عن جابر: إن النبي (صلى الله عليه وآله) قال: «هو أحق به بالثمن»[١]. وفي خبر الغنوي: «هو أحق بها من غيره بالثمن»[٢].

أقول: حديث الغنوي هو ما تقدم، مما رواه الكليني والشيخ، عن هارون بن حمزة الغنوي، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال: سألته عن الشفعة في الدور أشيء واجب للشريك ويعرض على الجار فهو أحق بها من غيره، فقال: «الشفعة في البيوع إذا كان شريكاً فهو أحق بها بالثمن».

بل سيأتي في مسألة ما لو تلف بعض المبيع رواية محمد بن علي بن محبوب، عن رجل فيما كتبه إلى الفقيه (عليه السلام)[٣]، مما يدل على ذلك أيضاً، ولذا ادعى في الجواهر أنه لا خلاف فيه بين الخاصة والعامة نصاً وفتوىً.

كما أرسله الحدائق إرسال المسلمات، وقال: (مقتضى الأدلة، وبه صرّح الأصحاب أنه يأخذ بالثمن الذي وقع عليه العقد، وإن كان قيمة الشقص المشفوع في حد ذاته أكثر أو أقل، ولا يلزمه ما يغرمه المشتري من المؤن كأجرة الدلال والوزان ونحو ذلك، والمراد من

---

(١) انظر: الجواهر: ج٣٧ ص٣٢٦، والسنن الكبرى: ج٦ ص١٠٤.

(٢) الوسائل: ج١٧ ص٣١٦ الباب ٢ من الشفعة ح١.

(٣) الوسائل: ج١٧ ص٣٢٣ الباب ٩ من الشفعة ح١.

أخذه بالثمن يعني مثله لعدم إمكان الأخذ به نفسه غالباً) انتهى.

((لا يتحمل الشفيع أكثر من قيمة المبيع))

ثم قال الشرائع: (ولا يلزمه ما يغرمه المشتري من دلالة أو وكالة أو غير ذلك من المؤن، ولو زاد المشتري في الثمن بعد العقد وانقضاء الخيار لم تلحق الزيادة، بل كانت هبة فلا يجب على الشفيع دفعها، ولو كانت الزيادة في زمن الخيار قال الشيخ: تلحق بالعقد لأنها بمنزلة ما يفعل في العقد، وهو يشكل على القول بانتقال الملك بالعقد، وكذا لو حط البائع من الثمن لم يلحق بالعقد) انتهى.

أقول: أما إذا كانت قيمة الشقص أقل أو أكثر فهو مقتضى القاعدة، ولذا لم يختلف فيه أحد ممن رأيت كلامهم، وأما لا يلزمه ما يغرم المشتري، فقد ذكر في مفتاح الكرامة عند قول العلّامة: ولا يلزمه الدلالة والوكالة وغيرهما من المؤن، كما في الشرائع والإرشاد واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة وغيرها لأنها ليست من الثمن وإن كانت من توابعه، وأشار بقوله: وغيرهما إلى أجرة النقاد والوزان وغير ذلك) انتهى.

لكن ربما يقال: إن الثمن أعم عرفاً، ويؤيده أنه مقتضى دليل «لا ضرر»، وهذا غير بعيد، وإن كانت المسألة بحاجة إلى تتبع أكثر.

وأما ما ذكره من أنه لو زاد المشتري في الثمن بعد العقد أو حط البائع من الثمن، فهو كما ذكره، وهذا لم نجد فيه خلافاً.

وقد استدل الجواهر بالنسبة إلى الزياده بالأصل، وظهور النص والفتوى في أنه ليس عليه إلاّ الثمن، كما أن ما ذكره المحقق خلافاً للشيخ هو مقتضى القاعدة أيضاً، لأنه قد حقق في كتاب البيع أن العين تنتقل بمجرد العقد أو المعاطاة، ولا مدخلية للخيار وعدمه في الانتقال وعدمه.

وفي رواية الدعائم، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، إنه قال: «إذا وضع البائع من المشتري بعد عقد الشراء ما يوضع مثله بين المتبايعين وضع مثل ذلك من الشفيع، وإن كان الذي وضع ما لا يوضع مثله، فإنما هو هبة للمشتري، وليس يوضع عن الشفيع»[1]، والفرع الأول في الرواية هو مقتضى القاعدة، لأن الثمن هو ذلك، لا الثمن الصوري.

((فروع))

ثم إنه إذا باع بالأقل ثم ارتفعت القيمة السوقية، أو بالأكثر ثم انخفضت القيمة السوقية، فاللازم هو الأخذ بالشفعة بنفس القيمة، بدون ملاحظة الزيادة أو النقيصة العارضة بعد ذلك، فتأمل.

أما إذا كان التضخم والتنزل باعتبار البلدين كمائة في العراق وخمسين في إيران، أو المائة في العراق ومائتين في إيران، فاللازم ملاحظة التضخم والتنزل، لأنه القيمة الواقعية للشيء في هذا البلد، وإن كان الحجم في البلد الأول مختلفاً عن الحجم في البلد الثاني، ولا يختلف في ذلك تسليم القيمة في البلد الثاني أو تسليم العين والقيمة كما تقدم في البيوت التي تبنى كالسفن على البحر مما تنتقل والبيوت التي تبنى على العجلات مما تنتقل لو لم نقل أن دليل الشفعة منصرف عنها.

ومما تقدم ظهر أنه لو لاحظ البائع المشتري في الأخذ بالأقل، أو لاحظ المشتري البائع في الأخذ بالأكثر، كان للشفيع أن يأخذ بنفس تلك القيمة.

أما إذا كانت المبايعة محاباتية، كما لو اشترى ما قيمته ألف بدينار أو ما قيمته دينار بألف، فالظاهر انصراف النص والفتوى عن مثل ذلك، وعليه

(١) المستدرك: ج٣ ص١٤٩ الباب ١١ ح٩.

فإن أراد الشفيع فاللازم دفع القيمة العادلة.

ثم إنه حيث لا يشترط في الكبيرين الشفيع والمشتري أن يكون المصلحة لهذا أو ذاك، فلهما الحق في الأخذ بالشفعة بثمن أقل أو أكثر.

أما في الصغيرين فاللازم ملاحظة الصغير الشفيع في المصلحة كما تقدم، وكذلك بالنسبة إلى القاصر.

أما بالنسبة إلى المشتري فلا، فإذا اشتراه بالأقل من الثمن كان لولي الشفيع الأخذ، ولم يكن لولي المشتري الامتناع، وإن اشتراه بالاكثر فليس لولي الصغير الأخذ، لأنه خلاف مصلحته.

نعم لو تواطأ الولي والمشتري الكبير بأنه إذا أخذه بالأكثر أسقط الزيادة بعد ذلك بما لا يضر مصلحة الصغير كان له ذلك.

والحاصل: أنه لا يراعى في الأخذ بالشفعة مصلحة الصغير المشتري، وإنما يلزم ملاحظة مصلحة الصغير الشفيع.

((إذا لم يدفع الشفيع الثمن))

قال في الشرائع: (ولا يلزم المشتري دفع الشقص ما لم يبذل الشفيع الثمن الذي وقع عليه العقد).

وقال في القواعد: ويجب تسليم الثمن أولاً، فلا يجب على المشتري الدفع قبله.

وفي مفتاح الكرامة: هو صريح المبسوط واللمعة والروضة، وقضية كلام الشرائع والتذكرة والتحرير والإرشاد والدروس، وإن تسلمه المشتري قبل أداء الثمن كما هو صريح التذكرة وقضية إطلاق الباقين.

أقول: استدلوا له بجملة أمور:

الأول: ما في المسالك بأنه (إنما اعتبر هنا دفع الثمن أولاً، ولم يعتبر ذلك في غيره من المعاوضات كالبيع، بل اعتبر التسليم معاً، لأن هذه معاوضة

قهرية، أخذ العوض فيها بغير رضى المشتري، فيجبروهن قهره بتسليم الثمن إليه أولاً، بخلاف البيع فإن مبناه على الاختيار، فلم يكن أحد من المتبايعين أولى بالبدأة من الآخر)[1] انتهى.

وفي الجواهر: (قلت: يمكن أن يكون مدركه قوله (عليه السلام): «فهو أحق بها من غيره بالثمن»، بناءً على أن المراد من كونه أحق من غيره مع دفع الثمن. بل قد يقال: إن منه يستفاد مدخلية دفع الثمن في حصول الملك، أو في استحقاق الأخذ بالشفعة، فلا وجه لوجوب التقابض هنا بعد توقف ملك الشفيع أو استحقاقه الأخذ بالشفعة على دفع الثمن)[2].

واستدل ثالث بالأصل، فإن الأصل عدم حق الشفعة بدون إعطاء الثمن أولاً، فاللازم الاقتصار فيه على القدر المتيقن.

وفي الكل ما لا يخفى، إذ الأول وجه اعتباري لا يمكن أن يكون مستنداً لحكم شرعي، ولذا قال في المسالك: (وهذه في الحقيقة علة مناسبة لكن لا دلالة في النصوص عليها، وإثباتها بمجرد ذلك لا يخلو من إشكال، نعم اعتبرها العامة في كتبهم، وهي مناسبة على قواعدهم)[3].

وما استدل به الجواهر لا دلالة فيه إطلاقاً، إذ الظاهر من قوله: «أحق بها من غيره بالثمن»، يعني في مقابل الثمن، لا أن المراد أنه يعطي الثمن أولاً.

ومنه يعلم وجه النظر في قوله بعد ذلك: (بل قد يقال: إن منه يستفاد مدخلية دفع الثمن في حصول الملك)[4] إلى آخره.

بل لا دلالة لما حكي عن الغنية والسرائر على أنه إنما يملك إذا دفع الثمن، حيث ربما توهم ذلك من

---

(١) مسالك الأفهام: ج١٢ ص٣١٢.

(٢) جواهر الكلام: ج٣٧ ص٣٢٨.

(٣) الجواهر: ج٣٧ ص٣٢٨.

(٤) مسالك الأفهام: ج١٢ ص٣١٢.

عبارتهما، حيث قالا: (واشترطنا عدم عجزه عن الثمن، لأنه إنما يملك الأخذ إذا دفع إلى المشتري ما بذله للبائع، فإذا تعذر عليه ذلك سقط حقه من الشفعة) انتهى.

لظهور هذه العبارة في أنه بدون بذل الثمن بسبب التعذر لا حق له في الشفعة، لا أن اللازم أن يعطي الثمن حتى يملك.

ومنه يعلم حال الأصل الذي استدل به ثالثاً، ولذا كان المحكي عن المبسوط التصريح بأنه لا يشترط مع الأخذ باللفظ دفع الثمن في حصول الملك.

((الشفعة في معنى المعاوضة))

وقال في محكي جامع المقاصد: (إن اشتراط دفع الثمن في حصول الملك، لا دليل عليه، والأصل عدمه، والشفعة في معنى المعاوضة إذ هي من توابع العين، ودفع أحد العوضين غير شرط في تملك الآخر، ولأنه لو كان الدفع شرطاً لوجب أن يكون فورياً كالأخذ فتبطل الشفعة بدونه مع التمكن، وإمهال الشفيع ثلاثة أيام قد يدل على خلاف ذلك، وليس في النصوص ما يدل على الاشتراط المذكور، والذي في رواية ابن مهزيار: «إن كان معه بالمصر فلينتظر به ثلاثة أيام إن أتاه بالمال وإلا فليبع وبطلت شفعة في الأرض»[1]، وكذا الذي في كلام الأصحاب ليس صريحاً في اشتراط ذلك) انتهى.

ولذا فاللازم القول بأنه كسائر المعاملات يشترط التقابض.

قال في المسالك: (ولو قيل هنا بأن المعتبر التقابض معاً كالبيع كان وجهاً، فهو كالبيع فإن تقابضا فهو، وإلاّ فإن أخذ بالشفعة ورضي المشتري بالتأخير،

(١) الوسائل: ج١٧ ص٣٢٤ الباب ١٠ ح١.

فهو، وإن لم يرض كان له إجباره والتقاص منه، فإن لم يرد ذلك حق له الفسخ كما في البيع، كما أنه إذا أعطاه الثمن و لم يدفع إليه حق له إجباره والتقاص منه، فإن لم يرد حق له الفسخ.

ومنه يعلم وجه النظر في قول الجواهر حيث قال:

(والذي يقع في الذهن راجياً من الله تعالى أن يكون هو الصواب، هو أن الشفعة من الحقوق كالخيار ونحوه، لا المعاوضات المحتاجة للتقابض، كما عساه يشهد له ما تسمعه من الأصحاب فيما يأتي من أنه لا يكلف المشتري بقبض الشقص من البائع إن لم يكن قد قبضه وتسليمه للشفيع، بل ويشعر به أيضاً قوله (عليه السلام): «فهو أحق به من غيره»[1]. وحينئذ فالمتجه حصوله وإسقاطه بالفعل والقول على نحو الخيار، فلا إشكال في تحقق الأخذ بالشفعة مع التخلية من المشتري والقبض من الشفيع مع دفع الثمن منه أو الرضا بالصبر عليه)، إلى آخر كلامه.

فإن الذي يظهر من الأدلة أن المصحح على الأخذ بالشفعة القول أو الفعل كالمعاطاة في سائر المعاملات، وأن اللازم التقابض، إذ لا دليل على تقديم أحدهما على الآخر في الأخذ والعطاء، وأن المبطل هو عدم إعطاء المبيع مع عدم رضى الشفيع بالبقاء، فله الفسخ لما أخذه بالشفعة كما في البيع، أو عدم إعطاء الثمن مع عدم رضى المشتري بالبقاء، كما أن الإسقاط من الشفيع مبطل، فإن هناك ثلاثة أمور: فقد يسقط، وقد يأخذ، وقد يترك، والترك على عدم الفورية ليس معناه الأخذ أو الإسقاط كما هو واضح.

---

(١) الوسائل: ج١٧ ص٣١٦ الباب ٢ ح١.

((الشفعة ومراجعة الحاكم))

كما أن مقتضى الأدلة أنه يحق لكل منهما مراجعة الحاكم بعد الأخذ بالشفعة وإجبار الآخر بالتسليم، فإذا لم يمكن ذلك فلكل منهما التقاص، فإن أراد الجواهر من كونه من الحقوق كالخيار ما ذكرناه فلا بأس به، وإلاّ ففي ما ذكره نظر، ومن الواضح أن التقابض إنما هو في مرتبة متأخرة عن المعاملة أو الحق، كالتقابض في باب سائر المعاملات، حيث إنه متأخر عن المعاملة.

فظاهر الجواهر حيث قال: (إن الشفعة من الحقوق كالخيار ونحوه لا المعاوضات المحتاجة إلى التقابض، حيث جهل الأمرين أحدهما في قبال الآخر بإثبات أنه حق ونفي أنه كالمعاوضة) غير ظاهر الوجه، فهو مثل أن يقال: إن البيع معاملة لا أنه تقابض.

ولا إشعار في قوله (عليه السلام): «فهو أحق من غيره»[1]، لما ذكره إذ الحق يطلق على الملك وعلى الدرجة الأخف من الملك، كحق التحجير عندهم، وعلى الأخف من ذلك أيضاً، كحق السكنى في غرفة المدرسة، أو الجلوس في مكان من المسجد، وعلى الأخف من ذلك أيضاً كحق السلام وتشييع الجنازة وعيادة المريض وما أشبه.

وليس المقام كالخيار، لأنه إذا أخذ بالخيار انفسخ العقد فلا رجوع، وليس هنا إذا أخذ الشفيع بالشفعة انتهى الأمر، بل إذا أخذ بالشفعة ثم لم يسلم المال حق للطرف الآخر إنهاء الحق، لأنه فوري في الجملة، كما يظهر من رواية ابن مهزيار المتقدمة[2] بأنه إذا لم يأت بالمال ثلاثة أيام باع وبطلت شفعته في الأرض.

ومما تقدّم ظهر استقامه قول المسالك: (واعلم أن الملك للشفيع يحصل

(١) الوسائل: ج١٧ ص٣١٦ الباب ٢ ح١.

(٢) الوسائل: ج١٧ ص٣٢٤ الباب ١٠ ح١.

بالأخذ قبل دفع الثمن، كما أن الملك يحصل في البيع بالعقد، ووجوب التسليم حكم آخر بعد.

نعم ما جعله بعد ذلك ليس بذلك البعيد، حيث قال: (وهل الحكم هنا كذلك، بمعنى عدم توقف الملك على التقابض، أم لا يتم ملك الشفيع هنا بدون تسليم الثمن، ليس في عبارة المصنف ما يدل على الأول، وذهب بعضهم إلى الثاني، وليس بذلك البعيد، ثم على تقديره هل يكون دفع الثمن جزءاً من السبب الملك، أم كاشفاً عن حصول الملك بالأخذ القولي، وجهان، أجودهما الثاني، وتظهر الفائدة في النماء المتخلل) انتهى.

بعيد، إذ مقتضى القواعد أن الملك لا يتوقف على التقابض، وإنما للمشتري أن يبطل أخذ الشفيع بالشفعة إذا لم يرض بتأخير الثمن، وإذا رضي بالتأخير بقي الملك، وإذا لم يرض بالتأخير أبطله أو بطل، وحينئذ فلا نماء متخلل للشفيع.

ومن ذلك يظهر وجه قول القواعد: (يملك الشفيع الأخذ بالعقد، وإن كان في مدة الخيار على رأي، وهو قد يكون فعلاً بأن يأخذه الشفيع ويدفع الثمن، أو يرضى المشتري بالصبر فيملكه حينئذ، ولفظاً كقوله: أخذته أو تملكته، وما أشبه ذلك من الألفاظ الدالة على الأخذ مع دفع الثمن أو الرضا بالصبر) انتهى.

ثم الظاهر أنه إن رضي المشتري رضى مطلقاً كان له عدم دفع الثمن مدة مديدة، أما إن رضي بعدم الدفع مدة محددة فبعد تلك المدة كان للمشتري مراجعة الحاكم والإجبار، أو الرضى الجديد بالصبر أو الفسخ، والنماء المتخلل قد عرفت حاله.

((**لو اشترى شقصاً وعرضاً**))

(**مسألة ٤**): قال في الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: (ولو اشترى شقصاً وعرضاً في صفقة أخذ الشقص خاصة بالشفعة بحصته من الثمن، بلا خلاف ولا إشكال، بل الإجماع بقسميه عليه، ولا يثبت بذلك للمشتري خيار لإقدامه، ولأن استحقاق الشفعة تجدد في ملك المشتري فلم يحصل شرط خيار تبعيض الصفقة الذي هو كون التبعيض في العقد نفسه، ومن هنا لا فرق بين الجاهل والعالم كما هو مقتضى إطلاق المصنف وغيره، لكن في مجمع البرهان يمكن ذلك إذا ادعى كونه جاهلاً وقبل منه، فيثبت له الخيار، وإليه أشار المحشي، ولا يخفى عليك ما فيه) انتهى.

وهو كما ذكراه، فإنه لا فرق بين العالم والجاهل، كما أنه لا فرق بين العالم والجاهل في أصل الاشتراء بما فيه شفعة، فإذا اشترى محاباة بالأقل من قيمته وقد تعب للمحاباة تبعاً كبيراً من وسائط ورشاوي ونحوها، فلا يحق له أن يقول: إني كنت جاهلاً بالشفعة، وإلا لم أتعب هذا التعب لأجل تقليل الثمن، فلي الخيار في فسخ البيع حتى لا أبتلي بالشفعة.

ثم لو كان الانفكاك بين الشقص والعرض يوجب تقليل القيمة لكل منهما، فهل الشفيع مكلف بإعطاء القيمة القليلة أو بتحمل نصف الضرر، أو بتحمل كل الضرر؟

مثلاً كانت قيمتهما مجتمعاً عشرة، أما قيمة كل واحد منهما ثلاثة، فهل الشفيع يعطي الثلاثة أو خمسة، لفرض أن الضرر موزع على كل واحد منهما بقدر اثنين، أو السبعة، لأنه هو الذي سبب ضرر المشتري بقدر سبعة، احتمالات، من أن الثمن ثلاثة، ومن أن مقتضى قاعدة العدل توزيع الضرر بينهما، إذ لا وجه لتحمل أحدهما أكثر من الآخر، ومن أنه لا يبقى في يد المشتري إلاّ بقدر ثلاثة،

فلا وجه لتضرره، ودليل «لا ضرر محكم».

لا يبعد أن يكون للشفيع إعطاء الثلاثة، لكن إذا كان المشتري جاهلاً حق له فسخ معاملته مع البائع بدليل «لا ضرر»، كما استدلوا به في خياري العيب والغبن، حيث إن الشيء الذي فيه الشفعة الموجبة لضرر المشتري مع جهله بذلك، مشمول لدليل «لا ضرر».

أما مع علمه فلا، لأنه هو الذي أقدم على الضرر، وإن كانت المسألة بعدُ بحاجة إلى التأمل.

ولو كان الانفكاك بين الشقص والعرض يوجب زيادة العرض قيمة، فالظاهر أن للمشتري الحق في الأخذ من الشفيع بقدر قيمة الشقص لا أقل منها، فلو كانا معاً ستة بما كانت قيمة الشقص ثلاثة، لكنه إذا انفصل العرض عن الشقص صارت قيمته سبعة، فكل السبعة للمشتري، لإطلاق ما دل على أنه للشفيع بالثمن.

ولو انعكس بأن صارت قيمة الشقص بالانفكاك سبعة، فلا حق للمشتري في أخذ الزيادة عن الثلاثة، لأنه مقتضى كونه له بالثمن.

وقد تقدم عدم الاعتبار لزيادة قيمة السوق، بل ظاهر بعض الروايات أنه يأخذ بالثمن وإن نقص بسبب حادث، فكان هذا هو البيع السابق، ويكون النقص من الشفيع لا من المشتري.

فقد روى محمد بن علي بن محبوب (كما عن التهذيب)، عن رجل قال: كتبت إلى الفقيه (عليه السلام) في رجل اشتري من رجل نصف دار مشاع غير مقسوم، وكان شريكه الذي له النصف الآخر غائباً، فلما قبضها وتحول عنها تهدمت الدار وجاء سيل خارق جارف فهدمها وذهب بها، فجاء شريكه الغائب فطلب الشفعة من هذا، فأعطاه الشفعة على أن يعطيه ماله كملاً الذي نقد في ثمنها، فقال له:

ضع عني قيمة البناء فإن البناء قد هدم وذهب به السيل، ما الذي يجب في ذلك، فوقع (عليه السلام): «ليس له إلاّ الشراء والبيع الأول إن شاء الله»[1].

كما أن مقتضى دليل الشفعة أنه لو اشترى المشتري من المالك نسيئةً أو أقساطاً، فإنه ليس للشفيع تأخير الثمن، بل اللازم عليه الثمن النقد، بإطلاق رواية ابن مهزيار[2] وغيرها، فتأمل.

(١) الوسائل: ج١٧ ص٣٢٣ الباب ٩ ح١.

(٢) الوسائل: ج١٧ ص٣٢٤ الباب ١٠ ح١.

((**الشفيع ودفع مثل الثمن أو قيمته**))

(**مسألة ٥**): قال الشرائع: (ويدفع الشفيع مثل الثمن إن كان مثلياً كالذهب والفضة، وإن لم يكن له مثل كالحيوان والثواب والجوهر، قيل: تسقط لتعذر المثلية، ولرواية علي بن رئاب، عن أبي عبد الله (عليه السلام) [1]، وقيل: يأخذها بقيمة العرض وقت العقد وهو أشبه) انتهى.

وقال في القواعد: (وإنما يأخذ بالثمن الذي وقع عليه العقد، فإن كان مثلياً فعلى الشفيع مثله، وإن كان من ذوات القيم فعليه قيمته يوم العقد على رأي، سواء كان مثل قيمة المشفوع أم لا) انتهى.

أقول: إذا كان مثلياً فعليه مثله، ففي مفتاح الكرامة: (بلا خلاف كما في الخلاف والمبسوط وغاية المراد والمسالك، والمراد نفيه في الأولين بين المسلمين، وإجماعاً كما في المختلف والإيضاح وغاية المراد أيضاً والمهذب البارع والتنقيح وجامع المقاصد ومجمع البرهان وغيرها، وفي الجواهر الإجماع بقسميه عليه، بل المحكي منهما مستفيض أو متواتر).

أقول: ويدل عليه الاعتبار والأخبار، فإن الشفيع يأخذ الشقص بالثمن كما هو المتعارف في الشفعة عند العقلاء، والشارع إنما قرر الشفعة كذلك لأنه لم يتصرف فيها، وقد ذكرنا غير مرة: الشارع إذا سكت على معاملة كان معنى ذلك أنه قد قرر العرفية.

وأما الأخبار، فقد تقدم قوله (عليه السلام): بالثمن[2]، مما ظاهره أنه بمثل الثمن، لكن حيث إن العرفية وظاهر الخبر المستفاد عند العرف منه ليس أكثر من المماثلة

(١) الوسائل: ج١٧ ص٣٢٥ الباب ١١ ح١.

(٢) الوسائل: ج١٧ ص٣١٦ الباب ٢ ح١.

العرفية، فلا خصوصية لخصوصيات الثمن إذا لم تكن خصوصية عرفية، مثلاً اشتراها بمائة دينار في دنانير فردية، فإنه يحق للشفيع أن يعطيه دنانير أمهات العشرة أو ما أشبه ذلك.

نعم إذا كان العرف يفرق بين القسمين لم يكن له التبديل، كما إذا كان الفرق بين الدنانير الذهبية والدراهم الفضية فيما لو كانتا رائجتين.

قال في مفتاح الكرامة: والأصل في ذلك قبل الأخبار الاعتبار بأن الشفيع يأخذ الشقص بالثمن، كما صرحت به أخبار الطرفين، وخصوصيات الشخص غير مرادة غالباً قطعاً، فالمراد المثل لمساواته لما دفعه المشتري في غالب الأوصاف والخواص.

أما إذا كان المبيع قيمياً، فقد اختلفوا في ثبوت الشفعة بالقيمة وسقوطها، الثبوت هو خيرة المقنعة والمبسوط والكافي والغنية والسرائر والشرائع والنافع وكشف الرموز والتذكرة والإرشاد والتبصرة والدروس واللمعة والمقتصر والتنقيح والمسالك والروضة والمفاتيح.

وفي السرائر إنه الأظهر من الأصحاب، وفي التحرير والمسالك إنه مذهب الأكثر، وفي الرياض إنه أشهر، وعليه عامة من تأخر، وفي الدروس إن القولين مشهوران، وبه قال أبو حنيفة والشافعي ومالك، وسقوط الشفعة خيرة الخلاف والوسيلة والمختلف وجامع المقاصد وتعليق الإرشاد والكفاية، وهو ظاهر الإيضاح، وميل إليه في التحرير ومجمع البرهان وهو المحكي عن الطبرسي، وقد يشعر به كلام النهاية والمهذب، وفي خلاف الإجماع عليه.

وفي جامع المقاصد إن الرواية نص فيه، ونحوه ما في التحرير، وبه قال سوار القاضي والحسن البصري، ولا ترجيح في

جامع الشرائع وغاية المرام، ولا يظهر من المراسم وفقه الراوندي شيء من القولين، ونفى أبو علي الشفعة إلاّ أن يأتي الشفيع بعين الثمن.

وقال في الدروس: إن في رواية هارون الغنوي[1] به إلماماً، وفي الإيضاح: إن الإجماع على خلافه.

أقول: مقتضى القاعدة هو ثبوت الشفعة، لعموم الأدلة والاعتبار، فإن المتعارف في زمن النبي والأئمة (صلوات الله عليهم أجمعين) تبديل العروض بالعروض، وإن كانت الأثمان النقدية أيضاً رائجة، فلا يمكن حمل روايات الشفعة الكثيرة على ما إذا كانت أثماناً فقط، وللعلة أو الحكمة المذكورة في بعض الروايات السابقة[2] من دليل «لا ضرر»، فإنها تشمل كلا القسمين، وربما أيد أيضاً بفتوى المفيد به في المقنعة التي هي متون أخبار، وعمل من لا يعمل إلاّ بالقطعيات كأبي الصلاح وأبي المكارم وأبي عبد الله.

((لو تعذر المثل في ثمن الشفعة))

وأما القول بعدم الشفعة، فقد استدل له بتعذر المثلية المعتبرة في الشفعة، وأن ظاهر قوله (عليه السلام): «بالثمن[3]» مثل الثمن لا قيمته.

وخبر علي بن رئاب الذي رواه في الفقيه، وفي قرب الإسناد في الصحيح، وفي التهذيب في الموثق، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، في رجل اشترى داراً برقيق ومتاع وبز وجوهر، قال: «ليس لأحد فيها شفعة».

بل ومرسل ابن محبوب المتقدم، حيث قال (عليه السلام): «ليس له إلاّ الشراء

---

(١) الوسائل: ج١٧ ص٣١٦ الباب ٢ ح١.

(٢) الوسائل: ج١٧ ص٣١٩ الباب ٥ ح١.

(٣) الوسائل: ج١٧ ص٣٢٤ الباب ١١ ح١.

والبيع الأول إن شاء الله تعالى»[1].

مما ظاهره أن يكون مثل الثمن.

ويؤيد رواية دعائم الإسلام، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، إنه قال: «من اشترى حصة برقيق أو متاع بز أو جوهر أو ما أشبه ذلك فليس فيه شفعة»[2].

هذا بالإضافة إلى أصالة عدم الشفعة في مورد الشك، كما تقدمت غير مرة.

والعمدة هي رواية علي بن رئاب[3]، ولذا اقتصر عليها المحقق، بل وبعض آخر، إذ خبر هارون وغيره: من أن الشريك أحق من غيره بالثمن[4]، ومرسل ابن محبوب: «أن يعطيه ماله كملاً الذي نقد في ثمنها... وليس له إلا الشراء والبيع الأول»[5]، لا دلالة فيهما، للعرفية في معناهما، خصوصاً وقد عرفت تعارف كون الثمن بضاعة في زمن الروايات فهو ليس بمجاز، وإن قال به المسالك، حيث إنه قال بعد تعذر العلم بعدم إرادة الحقيقة: (فالواجب أقرب المجازات إليها بحسبها، فإن كان مثلياً فالأقرب إليه مثله، وإن كان قيمياً فالأقرب إليه قيمته، وهذا واضح، أما اختصاصه بالمثلي فلا، إذ لو كان الثمن قيمياً فلا بد من اعتبار مجازه، حيث لا تراد الحقيقة، وإلاّ لزم اختصاص الحكم بالحقيقة فيرد مثله في المثلي، لأن المثل ليس بحقيقة) انتهى.

ومنه يعلم بعد ما عن أبي علي من أنه اعتبر في الشفعة عين الثمن التي دفعها

---

(١) المستدرك: ج٣ ص١٤٨ الباب٩ ح١.

(٢) الوسائل: ج١٧ ص٣٢٣ الباب ٩ ح١.

(٣) الوسائل: ج١٧ ص٣٢٤ الباب ١١ ح١.

(٤) الوسائل: ج١٧ ص٣٢٣ الباب ٩ ح١.

(٥) الوسائل: ج١٧ ص٣١٦ الباب ٢ ح١.

لتقيده بحقيقة اللفظ، إذ ليس ذلك حقيقة اللفظ، فإن الألفاظ لها ظهورات عرفية، والظهورات العرفية هي المتبعة وإلا انهدمت اللغات، ولذا قال في الجواهر إنه: (يمكن دعوى القطع بخلافه، وأن المراد المثل)[1]، وكان المحكي عن الإيضاح أن الإجماع على خلافه.

ومنه يعلم ضعف ما عن الدروس أن في رواية هارون الغنوي إلماماً بما ذكره أبو علي، فأي إلمام هذا والعرف لا يفهمه إطلاقاً.

ورواية الدعائم[2] ضعيفة سنداً، و لم أر من الفقهاء من استدل بها، فلا يمكن الاعتماد عليها.

((ما أشكلوا على رواية ابن رئاب))

أما خبر ابن رئاب[3]، فقد أشكل عليه:

أولاً: ضعف السند، قال في المسالك في وجهه: (إن في طريقه الحسن ابن سماعة[4] وهو واقفي، والعجب من دعوى العلامة في التحرير صحته مع ذلك) انتهى.

وثانياً: بضعف الدلالة، قال في المسالك في وجهه: (إنه لا يدل على موضع النزاع، فإن نفي الشفعة أعم من كونه بسبب كون الثمن قيمياً أو غيره، إذ لم يذكر أن في الدار شريكاً فجاز نفي الشفعة لذلك عن الجار وغيره، أو لكونها غير قابلة للقسمة، أو لغير ذلك، وبالجملة فإن المانع من الشفعة غير مذكور وأسباب المنع كثيرة، فلا وجه لحمله على المتنازع فيه أصلاً، والعجب مع ذلك من دعوى أنها نص في الباب مع أنها ليست من الظاهر فضلاً عن النص) انتهى.

وقد أشار بذلك إلى قول جامع المقاصد، حيث إنه ادعى أن الرواية نص في الباب.

---

(١) جواهر الكلام: ج٣٧ ص٣٣٥.

(٢) المستدرك: ج٣ ص١٤٨ الباب ٩ ح١.

(٣) الوسائل: ج١٧ ص٣٢٤ الباب ١١ ح١.

(٤) انظر رجال النجاشي: ص٣٢.

وثالثاً: باضطراب النسخة، ففي مفتاح الكرامة:

إنه رواه مرتين كاشف الرموز: «في رجل اشترى دراهم برقيق ومتاع» بل ظاهره أنه لا يعرف فيها لفظ الدار أصلاً، قال في شرح قوله في النافع: فلا تسقط الشفعة استناداً إلى رواية فيها احتمال[1]، مانصه: «إنها مقصورة على من اشترى دراهم برقيق ومتاع وبز جوهر، فالتعدي إلى غير ذلك من المحتمل، وكذا يحتمل أن تكون الشركة في الدراهم) انتهى.

وكلامه كالصريح في أنه ليس هناك لفظ دار، وإلاّ لما احتمل هذين الاحتمالين، لأنه لا مناص له عنهما، وهو من العلماء المتقدمين الكبار ممن إذا قال يسمع، فلابد أن يكون قد تأمل وتتبع، فقد حصل وهم في الخبر من هذه الجهة، انتهى.

ورابعاً: بأنه يستلزم نقض الغرض، إذ لكل إنسان يبيع ما فيه الشركة أن يجعل شيئاً ولو قليلاً مع الثمن حتى لا يتمكن الشفيع من أخذ الشفعة، وبعيد عن الشارع الحكيم أن يجعل الأمر كذلك.

وخامساً: إنه لو قيل به لزم الانحصار فيه على مورد النص، وهو رجل اشترى داراً برقيق ومتاع وبز وجوهر، إذ لا وجه للتعدي بعد الإطلاقات المتقدمة، ولا بأس بالقول بالاختصاص.

وسادساً: الحمل على التقية.

قال في الجواهر: (لا يخفى عليك انسياق كون الشفعة في الدار المزبورة لمكان الثمن المذكور، وإلا فلا فائدة في تعداده في السؤال، وعدم ذكر الشريك لمعلومية كون الشفعة عند الإمامية له لا لغيره، واحتمال نفيها لاحتمال عدم القسمة وغيره خلاف ما يشعر به تعداد الثمن في السؤال، بل كان ينبغي التعبير بغير

(١) انظر الجواهر: ج٣٧ ص٣٣٧، ومفتاح الكرامة: ج٦ ص٣٦٦ س ١٤.

هذه العبارة على أن ترك الاستفصال فيها كاف، بل قد يدعى الصراحة في ذلك بملاحظة إرادة الرد بها على ما هو المعروف من فتوى أبي حنيفة والشافعي ومالك بثبوت الشفعة في نحو ذلك) انتهى.

وسابعاً: إنه خلاف الحكمة في الروايات المصرح بها بعدم الضرر[1]، فإنه أي فرق في تضرر الشفيع بأن يكون الثمن عيناً أو نقداً.

وثامناً: بأنه خلاف الشهرة المحققة القدمائية مما لا يعارضها شهرة المتأخرين، فإنه لم يقل بالمنع من المتقدمين إلاّ الخلاف والوسيلة كما يظهر من المجاميع، والشيخ له فتويان في الخلاف اختار سقوط الشفعة، وفي المبسوط اختار وجود الشفعة، وعليه فليس من المتقدمين إلاّ الوسيلة.

((رد الإشكالات))

لكن لا يخفى عدم استقامة بعض هذه الإشكالات.

أما الأول: فلأن السند لابأس به[2].

قال في الجواهر في رد إشكال المسالك على السند: (لا يخفى عليك ما فيه:

أولاً: إنها مروية في الفقيه وغيره في الصحيح.

وثانياً: إنها على ما ذكر من قسم الموثق الذي فرضنا حجيته في الأصول.

وثالثاً: إنها معتضدة ومنجبرة بما سمعت من الإجماع المحكي والروايات المرسلة والشهرة المحكية في الدروس) انتهى.

لكن لا يخفى أن وجهه الثالث فيه ما فيه.

وأما الثاني: فقد أشكل فيه بالدلالة لظهور الرواية[3] في أن المسقط للشفعة

---

(١) الوسائل: ج١٧ ص٣١٩ الباب ٥ ح١.

(٢) انظر ترجمة الحسن بن محمد سماعة، في رجال النجاشي: ص٣٢.

(٣) الوسائل: ج١٧ ص٣٢٤ الباب ١١ ح١.

كون الثمن المذكور منها، لكن فيه ما ذكره الجواهر و لم يجب عنه بجواب مقنع.

قال: (ودعوى معارضة ذلك بأنها ذكر فيها أن المبيع الدار والمتبادر منها المجموع، وهو مما لا يتأتى فيه بعد الشراء شركة توجب الشفعة، ولا تثبت إلاّ من حيث الجوار، فنفي الشفعة في الرواية يحتمل أن يكون مستنداً إلى هذا، ولو أريد من الدار بعضها تعين ما استظهر من السياق، لأن إطلاقها على البعض مجاز لا يصار إليه إلاّ بالقرينة، وهي في الرواية مفقودة، يدفعها ظهورها على كل حال في أن المسقط للشفعة كون الثمن المذكور منها) انتهى.

وفيه: إنه لم يعرف وجه الظهور المذكور على كل حال، غاية الأمر أن تكون الرواية مجملة وهي كافية في عدم الاعتماد عليها، ولو كانت صريحة أو ظاهرة لم يقع هذا الاختلاف العظيم بين الفقهاء في دلالتها.

ولذا رد مفتاح الكرامة هذا الاحتمال بقوله: (وأما ما في مجمع البرهان مما حاصله من أن الظاهر أن السؤال فيها إنما هو من حيث الشراء بذلك الثمن، ولو كان المراد من السؤال معنى آخر ككون الدار لا شريك فيها، وأن المراد نفي الشفعة بالجوار، لما كان لذكر القيمة وجه، ولكان حق السؤال التصريح بذلك بعبارة أخرى تؤدي ذلك.

ففيه: إن الظاهر المتبادر من الدار جميعها، وأن الظاهر من السؤال ما ذكرت، ونفي الشفعة فيها يحتمل أن يكون مستنداً إلى هذا وإلى هذا، ويحتمل أن يكون تجاوز بالدار اعتماداً على قرينة حالية، ويحتمل أن يكون أراد بيان حال المشتري في السؤال، وأنه تكلف ودفع في ثمنها ما يقدر عليه وما هو تحت يده، ولذلك خلط في السؤال بين الخاص والعام معرضاً بشكاية حاله، وأن

جاره يريد أن يشفع فيها أخذاً بقول أبي حنيفة والثوري وابن شبرمة وابن أبي ليلى الذين هم قوة الكوفة في عصر علي بن رئاب، فقال (عليه السلام): «لا شفعة لأحد عليها»[1] غير متق منهم لمخالفة عمر وعثمان وسعيد بن المسيب ويحيى بن سعيد الأنصاري وربيعة وغيرهم لهم، ولعل هذا أظهر لأن الأصل عدم القرينة الحالية) انتهى.

وعن الثالث: إن اضطراب النسخة لا يمكن أن يمنع من العمل بالرواية على تقدير دلالتها، إذ الأقوى ما في النسخ المشهورة.

ومنه يعلم أن احتمال رمي رواية كشف الرموز بالغلط، كما في الجواهر محل نظر، فقد قال في الجواهر معرضاً بمفتاح الكرامة: (ومن الغريب ما في بعض الكتب من المناقشة في الخبر المزبور بأن الأبي في كشف الرموز رواه: رجل اشترى دراهم برقيق ومتاع، إذ هو وإن كان كذلك كما هو عندنا في نسخة قديمة، لكن منه الغلط الذي لا يصلح معارضاً لما في الجوامع العظام وكتب الفروع، إذ لعل هناك رواية أخرى وجدها و لم نظفر لها.

ويرد على كل من الرابع والسابع: إنه على تقدير دلالة الرواية لا يتمكنان من مقاومته كما هو واضح.

وعلى الخامس: بأنه وإن كان محتملاً إلاّ أنه لا قائل به، ففهم الفقهاء من الطرفين حجة على خلافه، نعم هو محتمل في نفسه، وإن كان خلاف ما يستفاد من الملاك.

أما التقية، فلا يظهر وجه لها بعد تضارب أقوال العامة في ذلك كما عرفت، ولذا قال في مفتاح الكرامة: ولا ترجيح لأحدهما بموافقة العامة أو مخالفتها،

---

(١) الوسائل: ج١٧ ص٣٢٤ الباب ١١ ح١.

لأنه قد قال بكل قوم.

وعلى الثامن: إن الشهرة القدمائية وإن كانت محققة إلاّ أنها معارضة بشهرة المتأخرين، وقد قال جمع من المدققين: إن شهرة من المتأخرين أقوى لأنهم أدق وأكثر استيعاباً، وإن كان في هذا الكلام نظر إلاّ أن مثل هذه الشهرة لا تكفي في الاستناد، فإنها ليست داخلة في قوله (عليه السلام): «خذ بما اشتهر بين أصحابك، ودع الشاذ النادر»[1]، لاحسب مورده ولا حسب الملاك، لأنه إذا كانت شهرة الرواية موجبة للاستناد فشهرة الفتوى موجبة أيضاً.

وعلى كل حال، فلا يمكن الاعتماد على مثل هذه الشهرة في تضعيف الرواية[2].

((ثبوت الشفعة في القيمي أيضا))

وكيف كان، فقد علم مما تقدم ثبوت الشفعة في القيمي كالمثلي.

ومنه يعلم وجه النظر في قول الجواهر: الإنصاف أن عدم ثبوت الشفعة (أقوى، ولو للشك من تعارض الأدلة، وقد عرفت أن الأصل عدم الشفعة)[3]، كوجه النظر فيما حكي عن الخلاف من أن على عدم ثبوت الشفعة إجماع الفرقة وأخبارهم، كما يظهر وجوه النظر في قول الحدائق، فإنه بعد أن اختار عدم الشفعة، قال: ويؤيد القول بالبطلان أن الشفعة إنما يكون بمثل الثمن، والثمن هنا ليس من ذوات الأمثال. والقائلون بالجواز إنما يجيبون القيمة وقت العقد وهي ليست مثل الثمن والمثمن.

ويشير إلى ذلك أيضاً رواية الغنوي المتقدمة[4]، وقوله فيها: «فهو أحق بها

---

(١) الوسائل: ج١٨ ص٧٥ الباب ٩ من صفات القاضي ح١.

(٢) الوسائل: ج١٧ ص٣٢٤ الباب ١١ ح١.

(٣) جواهر الكلام: ج٣٧ ص٣٣٤.

(٤) الوسائل: ج١٧ ص٣١٦ الباب ٢ ح١.

من غيره بالثمن» وهو إنما يتحقق بالمثل، لأن الحمل على الثمن الحقيقي متعذر فيصار حينئذ إلى أقرب المجازات وهو المثل، والمحقق في النافع بعد أن اختار جواز الشفعة نسب القول بسقوط الشفعة إلى رواية فيها احتمال. وقال بعض الأصحاب في الاحتمال المذكور: قصر الرواية على موردها، ولا يخفى ما فيه من البعد، سيما مع اعتضاد الرواية المذكورة بما ذكرناه في الأصل) انتهى.

((**هل طلب الشفعة فوري**))

(**مسألة ٦**): قال في الشرائع: (وتبطل بترك المطالبة مع العلم وعدم العذر، وقيل: لا تبطل إلاّ أن يصرح بالإسقاط ولو تطاولت المدة، والأول أظهر).

وفي مفتاح الكرامة عند قول العلامة: (ويجب الطلب على الفور، فلو أخر مع إمكانه بطلت شفعته على رأي) القول: (بأن أخذ الشفعة على الفور هو المشهور كما في التذكرة، والأشهر كما في الروضة، ومذهب الأكثر كما في المفاتيح، ومذهب الشيخ وأتباعه وأكثر المتأخرين كما في المسالك، وعليه الفتوى كما في التنقيح، وإجماع الفرقة كما في الخلاف، وقد حكاه عنه كاشف الرموز والمصنف في المختلف والشهيدان في غاية المراد والدروس والمسالك وغيرهم ساكتين عليه.

وفي الرياض تارة إن الشهرة به عظيمة، وأخرى إنه المشهور، وعليه عامة المتأخرين، وهو خيرة النهاية والخلاف والمبسوط، وصرح به في عدة مواضع منه، والوسيلة والشرائع والنافع وكشف الرموز والتذكرة والإرشاد والتبصرة والمختلف والإيضاح وشرح الإرشاد والفخر وغاية المراد والدروس واللمعة والمقتصر والتنقيح وجامع المقاصد والمسالك والروضة والمفاتيح، وهو المحكي عن علي ولد الشيخ والطبرسي، وعن والد المصنف وسديد الدين ونجيب الدين والقاضي.

والمخالفون القائلون بالتراخي، وأنه لا تسقط إلاّ بالإسقاط: أبو علي وعلي بن الحسين الصدوق على ما حكي عنهما، وعلم الهدى وأبو المكارم وابن إدريس، وهو ظاهر أبي الصلاح، وفي الانتصار الإجماع عليه، وفي السرائر إنه أظهر بين الطائفة.

وقد نسب هذا القول فخر الإسلام إلى سلار، ولا تعرض له في المهذب والمقنع والمقنعة والمراسم وفقه الراوندي، ولا ترجيح في التحرير والمهذب

البارع ومجمع البرهان والكفاية) انتهى.

أقول: استدل القائلون بالفور بالنبويين (صلى الله عليه وآله)، أحدهما: «الشفعة لمن واثبها»[1]، والآخر: «الشفعة كحل العقال»[2]، وبحسن ابن مهزيار السابق المشتمل على بطلان شفعة من طلب ثم مضى لاحضار الثمن فلم يأت إلى ثلاثة أيام[3]، بتقريب أنه لو كانت الشفعة على التراخي لم تبطل بذلك، وبقوله (صلى الله عليه وآله): «بالشفعة بين الشركاء، ولا ضرر ولاضرار»[4]، إذ التراخي يوجب الضرر والضرار. وبقوله (عليه السلام): «الغائب على شفعته»[5]، المشعر بكون ذلك من جهة الغيبة التي هي عذر له.

هذا بالإضافة إلى الإجماع المتقدم عن الخلاف، وأن ذلك مقتضى الأصل، لأن المتيقن ثبوتها على الفور، وإلى قاعدة «لا ضرر» وإلى ما أيد ذلك أيضاً بأن مذهب العامة التراخي، فالفور هو مقتضى كون الرشد في خلافهم.

لكن الظاهر أن شيئاً من ذلك لا يوجب الإطمينان بالفور.

إذ يرد على النبويين بالإضافة إلى عدم صحة السند ضعف الدلالة، فإن (لمن واثبها) لا يدل على السرعة، بل يمكن أن يكون المراد أخذها، فكأن الشفيع يثب ليعلو على المشتري فيأخذ العين منه، فإن قول فلان وثب لا يدل على أنه أسرع، فهما مفهومان، والمواثبة التي هي من باب المفاعلة تدل على أن كل واحد من الشفيع والمشتري يريد الاستعلاء على الآخر بأن تكون العين

(١) انظر المسالك: ج٢ ص٢٨٣ سطر ٩.

(٢) انظر سنن ابن ماجة: ج٢ ص٨٣٥ ح٢٥٠٠.

(٣) الوسائل: ج١٧ ص٣٢٤ الباب ١٠ ح١.

(٤) الوسائل: ج١٧ ص٣١٩ الباب ٥ ح١.

(٥) امستدرك: ج٣ ص١٤٨ الباب ٦.

له، كما أن (كحل العاقل) لا يدل على السرعة، وإنما ظاهره أنه حل للعقد، كما أن حل العقال حل للبعير أو لرجله.

والقول بأن الروايتين مذكورتان في كتب الأصحاب ومنجبرتان بالشهرة، فيه: إن ذكرهما في كتب الأصحاب مستندين إلى العامة لا ينفع، وقد قال في المسالك: (في الاستدلال من الجانبين نظر، لأن الخبرين الأولين عاميان) انتهى.

هذا وفي الجواهر ضعف السند حتى عند العامة فيهما، قال: (في الإسعاد الذي هو من أجلّ كتب الشافعية: إن إسناده ضعيف. وقال ابن حيان: لا أصل له، وقال البيهقي: ليس بثابت)[1] انتهى.

ومنه يعلم وجه النظر فيما ذكره مفتاح الكرامة تأييداً للخبرين بقوله: (وما في الرياض من أن الشهرة المتأخرة عن حكاية الإجماع لا تجبره ولا تعضده فغير مسلم، لأنها كما توهنه إذا كانت مخالفة له فكذلك تجبره إذا وافقته كما حرر في محله، وقد تحرر في موضعه أن الخبر العامي إذا نقله أصحابنا واستدلوا به إنه يصح لنا العمل به، ولا سيما إذا شهد مثل الشهيد باشتهاره، إلى آخر ما ذكره، وسيأتي الكلام في اعتضاد الشهرة بالقول بالفور.

وأما خبر ابن مهزيار[2]، فالظاهر أن دلالته غير واضحة، لأنه:

أولاً: بعد حصول سبب الشفعة.

وثانياً: ينافي الفورية، إذ القائل بها لا يجعل انتظار ثلاثة أيام لإحضار الثمن من جملة العذر فيها، خصوصاً مع دعوى الغيبة في بلد آخر.

---

(١) جواهر الكلام: ج٣٧ ص٤٢٥.

(٢) الوسائل: ج١٧ ص٣٢٤ الباب ١٠ ح١.

قال في الجواهر: (خصوصاً مع ما فيه من رائحة الموافقة للمحكي عن أبي حنيفة وابن أبي ليلى، من أنها تمتد إلى ثلاثة أيام كالشافعي في أحد أقواله) انتهى.

ولذا قال في الحدائق: (وأما استدلال العلامة على هذا القول برواية علي ابن مهزيار[1] بالتقريب الذي ذكره، فيمكن معارضته بأنه لو كان الفورية واجبة لما رخص في التأخير ثلاثة أيام أيضاً) انتهى.

وأما رواية قضاء رسول الله (صلى الله عليه وآله) بلا ضرر ولاضرار[2]، ففيه: إنه على التراخي أدل، حيث يمكن أن يستدل به على أنه ليس للشفيع عدم الأخذ إلى حين ضرر المشتري، وحديث الغائب على شفعته[3] لا دلالة فيه، لظهور الحديث في إرادة بيان عدم اعتبار الحضور في الشفعة وإلاّ فالحديث شامل للمتمكن من المجيء والتوكيل وغيرهما.

ويؤيده ما رواه الدعائم، عن أمير المؤمنين (عليه السلام)، قال: «الشفعة للغائب والصغير كما هي لغيرهما إذا قدم الغائب وبلغ الصغير»[4].

فإن الصغير غالباً يكون له ولي، وكثيراً ما يعلم الولي بالبيع، بل وأصرح منه قول أبي عبد الله (عليه السلام) كما في الدعائم، في الشفيع يكون غائباً عن البيع قال: «لا يقطع شفعته حتى يحضر، علم بالبيع أو لم يعلم»[5].

أما الإجماع، فقد عرفت أنه معارض بإجماع المرتضى على الخلاف،

---

(١) الوسائل: ج١٧ ص٣٢٤ الباب ١٠ ح١.

(٢) الوسائل: ج١٧ ص٣١٩ الباب ٥ ح١.

(٣) المستدرك: ج٣ ص١٤٨ الباب ٦.

(٤) المستدرك: ج٣ ص١٤٨ الباب ٦.

(٥) المستدرك: ج٣ ص١٤٨ الباب ٦.

فهو صغرىً ممنوع، مضافاً إلى أنه محتمل الاستناد، بل ظاهره، والأصل لا مجال له في قبال المطلقات، بل ربما يعارض بما ذكره المرتضى (رحمه الله) قال: (ويقوي ذلك أن الحقوق في أصول الشريعة وفي العقول أيضاً لا تبطل بالإمساك عن طلبها، فكيف خرج حق الشفعة عن أصول الأحكام الشرعية والعقلية، فإن من لم يطلب دينه أو وديعته لا يبطل حقه بالتغافل عن الطلب) انتهى.

وحاصله: وجود الأصل العقلائي والأصل الشرعي، وهو قوله (عليه السلام): «فإن حقوق المسلمين لا تبطل»[1]، وما أشبه، بعد رؤية العرف أنه حق، فهما الأصل في هذه المسألة الواردة على الأصل الأولي، كأصالة الصحة في البيع الواردة على أصل عدم الانعقاد، وأما خلاف العامة ففيه إن العامة مختلفون.

قال في مفتاح الكرامة: (إن العامة مختلفون في المسألة أشد اختلاف، إلاّ أن القول بأنها على التراخي ولا تسقط إلاّ بالإسقاط والتصريح بالترك أحد أقوال الشافعية وقول مالك، وفي انقطاعه عنه روايتان إحداهما أنه يمتد إلى سنة، فإن عفا وإلاّ كان للمشتري أن يرافعه إلى الحاكم، وللشافعي قول آخر وهو أنها على التأبيد كالقصاص، ولا يملك مرافعته للحاكم، وقد قال ابن المنذر: هذا قول جماعة من أهل العلم، وآخر وهو أنها تمتد ثلاثة أيام.

والحاصل: إن للشافعي خمسة أقوال، وله في كل قول منها موافق، وقد وافقه في أنها على الفور أبو حنيفة وابن أبي ليلى وابن شريك، وحكى أبو الحسن عن أبي حنيفة أنها تمتد ثلاثة أيام، وهو المحكي عن ابن أبي ليلى، وحكى عنه (أي أبي حنيفة) محمد أنه على شفعته أبداً بعد الإشهاد، وقال محمد: إذا

(١) كما في الوسائل: ج١٨ ص٣١٤ الباب ٦ ح١.

تركها شهراً بطلت، وقال أبو يوسف: إذا أمكنه أن يطالب عند القاضي فلم يفعل بطلت، وعن الشعبي إن خياره يمتد يوماً، إلى غير ذلك مما حكي عنهم في الانتصار والمبسوط والخلاف والتذكرة) انتهى.

ولعل الخبر المروي في الدعائم، عن أمير المؤمنين (عليه السلام)[1] محمول على التقية، أو على الإلزام، ولعله كان ما ذكره (عليه السلام) قول بعض من تقدمه، قال: في الشفيع يحضر وقت الشراء ثم يغيب ثم يقدم فيطلب شفعته، قال: «هو على شفعته ما لم يذهب وقتها، ووقت الشفعة للحاضر البالغ سنة، فإذا انقضت السنة بعد وقت البيع و لم يطلب شفعته فلا شفعة له».

وكيف كان، فالشهرة القدمائية للقول بالتراخي، لأنه كما عرفت قول أبي علي والصدوق والمرتضى وأبي المكارم وابن إدريس وأبي الصلاح، وفي السرائر إنه أظهر بين الطائفة.

أما القول بالفور، فهو محكي عن الشيخ والوسيلة فقط من المتقدمين، إذ القاضي أيضاً غير معلوم أنه قال به.

قال في مفتاح الكرامة: (لا تعرض له في المهذب، فالحكاية أنه من القاضي لعله في الكامل).

وأما التأييد بقاعدة «لا ضرر»، فقد عرفت ما في «لا ضرر» من عدم الدلالة على الفور إن لم يكن دالاً على التراخي.

وعلى هذا، فإطلاقات أخبار الباب هي المحكمة في المسألة، وأنها على التراخي، وربما أيّد بإجماع المرتضى والاستصحاب والشهرة القدمائية،

(١) المستدرك: ج٣ ص١٤٨ الباب ٦ ح٤.

ودليل «لا ضرر» والرواية المتقدمة عن الدعائم[1] وغيرها.

ورجحه الجواهر قائلاً: (مال في الرياض إلى التراخي، ولعله لا يخلو من قوة ما لم يصل إلى حد الضرر، نحو ما سمعته منهم في انتظار مدعي غيبة الثمن في بلد آخر، بل لو وجد قائل بأنه على التراخي ما لم يتضرر المشتري نحو ما سمعته في دعوى غيبة الثمن التي مرجعها إلى ما يقرب من ذلك، لكان في غاية القوة) انتهى.

أقول: بل ظاهر القائلين بالتراخي هو ما ذكره، إذ دليل «لا ضرر» محكم، فالقائل بالتراخي لابد وأن يقيد قوله بلا ضرر.

ومنه يعلم عدم وجه توقف المسالك في المسألة، حيث قال: (وفي الاستدلال من الجانبين نظر، لأن الخبرين الأولين عاميان، والثالث كما لا يدل على التراخي لا يدل على الفورية كما لا يخفى، وثبوتها على خلاف الأصل يوجب المصير إليها حيث يدل عليه الدليل، سواء حصل الاتفاق عليه أم لا، والضرر يزول بضمان الشفيع الأرش على تقدير القلع كما سبق، ودعوى الإجماع من الجانبين تحكم ظاهر، وهذا مما يرشد بفساد هذه الدعاوي وعدم الوثوق بها في مواضع الاشتباه لكثرة المجازفة الواقعة فيها) انتهى.

ومراده بالثالث حسنة ابن مهزيار المتقدمة[2]، كما أن منه يعلم وجه النظر في قول الحدائق، حيث جعل التراخي هو مقتضى القاعدة، قال: (والتحقيق أن المسألة لعدم النص الواضح محل إشكال، وإن كان القول الأول لاعتباره بالأصل الذي

---

(١) المستدرك: ج٣ ص١٤٨ الباب ٦ ح٤.

(٢) الوسائل: ج١٧ ص٣٢٤ الباب ١٠ ح١.

قدمنا ذكره في غير موضع مما تقدم مع اعتباره بالاحتياط الذي هو واجب في موضع الاشتباه الذي منه خلو المسألة من الدليل لا يخلو من قرب) انتهى.

((مما لا ينافي الفور))

(**مسألة ٧**): قال في الشرائع: (وإذا علم ـــ أي الشفيع ـــ بالشفعة فله المطالبة في الحال، فإن أخر لعذر عن مباشرة الطلب وعن التوكيل فيه لم تبطل شفعته، وكذا لو ترك لتوهمه كثرة الثمن فبان قليلاً، أو لتوهم الثمن ذهباً فبان فضة، أو حيواناً فبان قماشاً، وكذا لو كان محبوساً بحق وهو عاجز عنه وعجز عن الوكالة، وتجب المبادرة إلى المطالبة عند العلم، لكن على ما جرت العادة به غير متجاوز عادته في مشيه، ولو كان متشاغلاً بعبادة واجبة أو مندوبة لم يجب عليه قطعها وجاز الصبر حتى يتمها، وكذا لو دخل عليه وقت الصلاة صبر حتى يتطهر ويصلي متأيداً، ولو علم بالشفعة مسافراً فإن قدر على السعي أو التوكيل فأهمل بطلت شفعته، ولو عجز عنهما لم تسقط وإن لم يشهد بالمطالبة) انتهى.

أقول: المسألة على التراخي الذي اخترناه واضحة، وأما على الفور فقد استثني منه الأشياء التي لا تنافي الفورية العرفية كصلاة الجماعة، كما استثني منه ما لو كان جاهلاً، كما أنه لا يلزم عليه الأخذ القولي فيما إذا كان غائباً أو محبوساً أو ما أشبه، وسيأتي وجه هذه المسائل الثلاث.

قال في المسالك: (لا كلام في أن الشفيع إذا علم بالشراء له المطالبة بالشفعة في الحال، وإنما الكلام في أن المبادرة مع الإمكان شرط في الاستحقاق، فتبطل مع الإخلال به أم لا، والمصنف لم يصرّح هنا بذلك، بل اقتصر على أن له المطالبة في الحال، وعلى أن التأخير لعذر غير مبطل للشفعة، وكلاهما لا إشكال فيه، وحيث يعتبر الفورية فلا يقدح فيها تأخيره لعذر يمنع المبادرة إليها مباشرة أو توكيلاً.

وقد ذكر من الأعذار ما لو ترك لتوهمه كثرة الثمن لأمارة أوجبته كإخبار

مخبر ثم ظهر كذبه ونحو ذلك لا بمجرد الاحتمال، فإن الشفعة باقية إلى حين العلم بحقيقة الحال، فتصير فورية حينئذ على القول به، وإنما كان ذلك عذراً، لأن قلة الثمن مقصودة في المعاوضة، فربما كان الترك مستنداً إلى الكثرة، ومثله ما لو اعتقده ذهباً فبان فضة، أو حيواناً فبان قماشاً، ونحو ذلك، لأن الغرض قد يتعلق بجنس دون آخر، لسهولة تحصيله عليه أو غيرها. وكذا لو كان محبوساً بحق هو عاجز عن أدائه، بخلاف ما لو كان قادراً، لأن التأخير من قبله حينئذ، إذ يجب عليه دفع الحق ليخلص من الحبس المانع من تعجيل المطالبة)، إلى آخر كلامه.

ثم إنه استدل لعدم ضرر ما لا ينافي الفورية، بأن المستفاد من الأدلة الفور العرفي، والأمور المذكورة لا تنافيه، فإطلاقات الأدلة شاملة للأخذ بالشفعة ولو بتراخ لا يضر الفور العرفي.

((إذا كان جاهلا بالشفعة))

كما أنه استدل لعدم الضرر فيما إذا كان جاهلاً بدليل «لا ضرر»، و«الغائب على شفعته»[1] وما أشبه، وكلا الأمرين مقتضى القاعدة إذا قلنا بلزوم الفور.

ولذا قال في القواعد: (وتسقط بكل ما يعد تقصيراً أو توانياً على رأي، فإذا بلغه الخبر فلينهض للطلب، فإن منع بمرض أو حبس في باطل فليوكل إن لم يكن فيه مؤنة ومنة ثقيلة، فإن لم يجد فليشهد، فإن ترك فالأقرب عدم البطلان، فإن بلغه الخبر متواتراً أو بشهادة عدلين، فقال: لم أصدق، بطلت شفعته، ويقبل عذره لو أخبره صبي أو فاسق أو عدل واحد. ولو أخبره مخبر فصدقه و لم يطالب بالشفعة بطلت وإن لم يكن عدلاً، لأن العلم قد يحصل بالواحد للقرائن) انتهى.

---

(١) المستدرك: ج٣ ص١٤٨ الباب ٦ من الشفعة ح٤.

ومنه يعلم عدم الفرق بين الأعذار التي ذكرها الشرائع مما لا تنافي الفورية، وبين غيرها كمقدمات الصلاة والطهارة وانتظار الجماعة وتطلب الرفقة فيما يكون إلى محل المشتري طريق، وكان الطريق مخوفاً ليصحبهم هو أو وكيله إلى المشتري، أو زوال الحر والبرد المفرطين، ولبس الخف ونحوه، وغلق الباب والخروج من الحمام بعد قضاء وطره لو سمع بعد دخوله، والخروج من الكنيف، والصبر إلى أن يفتح المشتري دكانه، لعدم تعارف الذهاب إلى داره، والسلام على المشتري بعد وصوله إليه، وتحيته بالمعتاد، والانتظار حتى يقضي أشغال من تقدمه ممن وقفوا في الصف.

بل ومثل تشييع الجنازة وقضاء حاجة المؤمن وعيادة المريض والاعتكاف فيما كان محل المشتري بعيداً، حيث يكون الخروج من محل الاعتكاف موجباً لإبطال اعتكافه، وانتهاء الدرس فيما إذا كان يدرس أو يدرّس، وانتهاء الأذان أو الإقامة فيما إذا كان مؤذناً أو مقيماً، إلى غير ذلك من الأمثلة الكثيرة والتي ذكر جملة منها الشيخ والفاضل والشهيدان وجامع المقاصد وغيرهم، هذا كله بالنسبة إلى ما لا ينافي الفورية.

((ضابط العذر في التأخير))

وأما بالنسبة إلى الجهل، فقد حكي عن المبسوط أنه عقد لها ضابطاً يدخل فيه الجهل بقوله: (وجملته أن الشفيع متى بلغته الشفعة ولم يأخذ لغرض صحيح ثم بان خلاف ذلك لم تسقط شفعته).

وقال الكركي في ضابطه: (كل أمر ظهر له وقوع البيع عليه، والغرض الصحيح قد يتعلق بغيره فتبين خلافه، فالشفعة بحالها لا تبطل للعذر).

وفي المسالك: (إن التأخير لغرض صحيح أو عذر معتبر لا يخل بالفورية).

وفي الجواهر: (الأصل في ذلك أن المسلّم من دليل الفورية لو قلنا بها

بملاحظة ما ذكروه من الأعذار المزبورة، وما ورد من النص على الغائب[1]، ودعوى غيبة الثمن، البطلان مع الإهمال وعدم الأخذ رغبة عنها من حيث فيه لا لأمر غير ذلك، وقد تبين خلافه) انتهى.

وهو قد أشار إلى ما ذكرناه من الدليل في الأمرين، أي في الجهل وما لا ينافي الفورية، فعدم العلم بالشفعة، أو توهم كون الذهب فضةً أو حيواناً فبان خلاف ذلك أو بالعكس، أو توهم أن المشتري لا يمكن الأخذ منه لصعوبته، وعدم مبالاته بالدين وعدم خوفه من الحكومة، أو توهم كون الثمن قيمياً والقيمية لا شفعة فيها، أو توهم كون المبيع سهاماً قليلة فبانت كثيرة أو بالعكس، أو أنه اشتراه لنفسه فبان لغيره أو بالعكس، أو أنه اشتراه لشخص فبان أنه لآخر، أو أنه اشترى الكل بثمن فبان أنه اشترى نصفه بنصفه أو بالعكس، أو أنه اشترى الشقص وحده فبان أنه اشتراه مع غيره أو بالعكس، أو توهمه أن الحاكم يأخذ منه ضريبة متزايدة فبان الخلاف، أو خوفه من ظهور ماله إذا اشتراه فيقصده السراق أو الظالم أو ما أشبه فبان الخلاف.

إلى غير ذلك من الأعذار التي ذكر جملة منها جماعة من الفقهاء في هذا المقام، فإنها لا توجب إسقاط الشفعة، لكونها داخلة في الضابط المذكور المصرح به في الفتوى المستفادة من النص.

ولا فرق بين عدم علمه لأجل كونه محبوساً أو مريضاً أو مغمى عليه أو في سفر أو أن البائع أخفى البيع أو غير ذلك من أمثال ذلك، لأن المناط في الجميع واحد.

---

(١) الوسائل: ج١٧ ص٣٢٠ الباب ٦ ح٢.

ومن الضابط المتقدم في كلام المبسوط والمحقق والشهيد الثانيين يظهر حال ما إذا كان محبوساً فلم يتمكن من الأخذ بالشفعة بنفسه أو بوكيله، بأن لم يتمكن من نجاة نفسه من السجن ليأخذ بالشفعة، فإن كل ذلك داخل فيما ذكر من الضابط.

((إذا كان في التأخير ضرر على المشتري))

نعم ينبغي أن يستثنى من كل ذلك ما إذا سبب تأخير أخذ الشفعة ضرراً على المشتري، فإن «لا ضرر» محكم على الأدلة الأولية كما تقدم غير مرة.

ولو تعارض «لا ضرر» الشفيع و«لا ضرر» المشتري تساقطا وكانت المحكم أصالة سلطة الناس على أموالهم، فلا شفعة.

((إذا كان المشتري حاضراً))

ثم إن المسالك بعد ذكر جملة مما لا ينافي الفورية كغلق الباب والخروج من الحمام والسلام على المشتري بعد وصوله إليه وتحيته بالمعتاد ونحو ذلك قال: (هذا كله إذا كان غائباً، أما مع حضور المشتري فلا يعد شيء من هذه عذراً، لأن قوله: أخذت بالشفعة، لا ينافي شيئاً من ذلك، وبالجملة فالمرجع في ذلك كله إلى العرف، فما يعد فيه تقصيراً أو توانياً في الطلب تسقط به الشفعة، وما لا يعد تقصيراً لا يسقطها) انتهى.

وأشكل عليه الجواهر (بأن كلامهم في المقام في ثبوت الشفعة للغائب صريح أو كالصريح في عدم وجوب المبادرة إلى القول المزبور وإن كان متمكناً، بل ليس شيء مما ذكروه عذراً عن الفورية من الحبس وغيره صالحاً لأن يكون عذراً عن القول المزبور الذي لا ينافيه حبس ولا غيره. ومنه يعلم أن الأخذ بالشفعة ليس عبارة عن القول المزبور، بل هو مع دفع الثمن، أو أنه لا يثبت حق الشفعة إلاّ بعد دفعه كما ذكرناه سابقاً، وحينئذ

فلا يترتب على القول المزبور بدونه أثر من تملك العين أو غيره، وذلك كله شاهد على خلاف ما سمعته سابقاً من الكركي وبعض أتباعه، بل ذكرهم كيفية ذكر الشفيع بالنسبة إلى حضوره عند المشتري كالصريح أيضاً في ذلك، ضرورة أنه إذا كان أخذ الشفعة الذي هو فوري هو قول أخذت لا يحتاج معه إلى ذكر كيفية الفور في مشيه إلى المشتري، بل لا يحتاج معه إلى أصل حضوره معه، كما هو واضح بأدنى تأمل) انتهى.

وهو كما ذكره الجواهر، ويدل عليه رواية ثلاثة أيام[1]، وروايات الغيبة[2] وغيرها، إذ لو كان الأخذ بالشفعة بمجرد القول لم يحتج إلى الأمور المذكورة، خصوصاً بعد قوله (عليه السلام)، في الشفيع يكون غائباً عن البيع، قال: «لا يقطع شفعته حتى يحضر، علم بالبيع أو لم يعلم»[3].

ومنه يعلم ما في أتباع الحدائق للمسالك في ذلك قال: (هذا كله مع غيبة المشتري عنه في حال العلم، أما مع حضوره فلا يعد شيئاً من هذه عذراً، لأن قوله: أخذت بالشفعة، لا ينافي شيئاً من ذلك) انتهى.

وكذا لا حاجة إلى الكتابة، ولو شك فالأصل عدم الاحتياج إلى القول والكتابة، مثلاً كان الشفيع أو المشتري غائباً، وتمكن الشفيع من الكتابة إلى المشتري، فإنه لا حاجة إلى الكتابة إليه في إثبات الشفعة له، بل ينتظر حتى يتلاقيا هما أو يتلاقى الشفيع مع وكيل المشتري فيأخذ بالشفعة.

---

(١) الوسائل: ج١٧ ص٣٢٤ الباب ١٠ ح١.

(٢) الوسائل: ج١٧ ص٣٢٠ الباب ٦ ح٢.

(٣) المستدرك: ج٣ ص١٤٨ الباب ٦ ح٣.

ومنه يعلم وجه النظر في قول المسالك بعد ذلك: (العذر الذي لا يسقط الشفعة معه بسبب عدم الفورية قسمان:

أحدهما: ما ينتظر زواله عن قرب كالاشتغال بالصلاة والطعام وقضاء الحاجة ونحوها، وهذا لا يجب عليه التوكيل، بل ينتظر زوال العذر.

والثاني: ما لا ينتظر زواله عن قرب، كالسفر والمرض والحبس على الوجه السابق، وهذا يجب عليه المبادرة أو التوكيل مع القدرة عليهما، وتعين أحدهما مع القدرة عليه خاصة، وإلاّ بطلت شفعته لما فيه من طول المدة، وعدم المسامحة في مثله، ولو عجز عن الأمرين معاً لم يسقط شفعته، لعدم التقصير) انتهى.

إذ وجوب المبادرة بالقول المذكور في مقابلة التوكيل لا دليل عليه.

((إذا كان الشفيع مسافراً))

ثم إنه إذا كان مسافراً وكان بإمكانه التعجيل لكنه بقي في السفر لغرض صحيح لم يوجب ذلك إسقاط شفعته، لما تقدم عن المسالك من أن التأخر لغرض صحيح أو عذر لا يخل بالفورية، وقد ذكرنا دليله هناك.

ولو تمكن من الحضور بنفسه أو بوكيله فالظاهر عدم الفرق، إذ كلاهما آخذ بالشفعة، أما إذا تمكن من أحدهما فلم يفعل فهو مبطل للشفعة، ولذا اختار في محكي التذكرة أنه إذا أخر التوكيل مع قدرته عليه بطلت شفعته، وقد تقدمت عبارة القواعد: (فإذا بلغه الخبر فلينهض للطلب، فإن منع بمرض أو حبس في باطل فليوكل إن لم يكن فيه مؤنة ومنة ثقيلة) انتهى.

والظاهر أن المراد بالمؤنة، المؤنة العرفية المنافية للإضرار ونحوه، أما غير مثل هذه المؤنة فلا، إذ مع تلك المؤنة الإنسان متمكن عرفاً، ولا دليل على خلاف التوكيل بالمؤنة، وإذا توقف إعطاء الثمن على بيع ملك أو

سحب من رصيد له في المصرف أو ما أشبه وجبت الفورية العرفية أيضاً بالنسبة إلى ذلك، لوحدة الملاك.

((إذا ادعى العذر في التأخير))

ثم إنه إن أخر الأخذ بالشفعة وادعى العذر، فعن الفاضل في التذكرة والكركي في جامع المقاصد، التصريح بقبول دعواه في وجود تلك الأعذار، بل في الجواهر إنه ظاهر الأصحاب من غير فرق بين ما لا يعرف إلاّ من قبله وغيره، قال: (ولعله لما أشرنا إليه سابقاً من اقتضاء إطلاق الأدلة ثبوت حقه مطلقاً، ولكن خرج منه صورة الإهمال مع عدم عذر أصلاً، فما لم تتحقق فهو على حقه، ومنه يعلم حكم حال الشك) انتهى.

هذا بالإضافة إلى أصالة الصحة في قول المسلم وعمله، نعم إن قال المشتري: إنه لم يكن له عذر، وأقام الدليل، كان الحق مع المشتري في سقوط الشفعة، وإن لم يقم الدليل كان الحق للمشتري في تحليفه، فإن حلف فهو، وإن لم يحلف ابتني على مسألة رد الحلف مع النكول وعدمه.

((إذا أهمل الوكيل بالأخذ))

ثم إنه إن وكل لكن الوكيل أهمل فليس مسقطاً للشفعة، للفرق بين إهمال الأصيل والوكيل، وعليه فإن تمكن الأصيل على التعجيل فلم يفعل بطلت الشفعة، وإن لم يتمكن بقيت الشفعة وإن أهمل الوكيل.

ومما تقدم ظهر وجه قول المسالك: (ولو قصر الوكيل في الأخذ لم يعد تقصيراً من الموكل، حيث لا يعلم بحاله)[1]، فإذا كان الوكيل وكيلاً عاماً كالتجار الذين لهم وكلاء عامون في بلد آخر، يتصرفون حسب رأيهم، فإنه إذا قصر كان للموكل الشفعة إلاّ فيما إذا سبب التأخير الضرر، كما تقدم في نفس الشفيع إذا كان غائباً وغيبته أوجبت الضرر على المشتري ونحوها.

---

(١) مسالك الأفهام: ج١٢ ص٣٢١.

ولو لم يكن المالك قادراً لا على مبادرة نفسه ولا على التوكيل، ثم قدر وجبت المبادرة إلى أحدهما بعد زوال العذر كما في المسالك.

((الإشهاد على المطالبة))

والظاهر أنه لا يجب الإشهاد على المطالبة وإن تمكن منه، كما أفتى به القواعد قائلاً: (فإن ترك الإشهاد فالأقرب عدم البطلان)، وعلله في جامع المقاصد: بأن الحق قد ثبت والأصل بقاؤه، ولأن فائدة الإشهاد ثبوت العذر وهو يثبت بإقرار المشتري أو يمين الشفيع على نفي التقصير، لأن الأصل معه، فلا أثر لتركه، ولعموم دلائل الشفعة المتناولة لمحل التراع.

ومنه يعلم وجه النظر في المحكي عن الإيضاح من أن الأصح البطلان إذا لم يشهد، لأن الإشهاد قائم مقام الطلب، فتركه كتركه، وأن الترك أعم من أن يكون لعذر أو لا، ولا يعلم إلاّ بالإشهاد، والشفعة على خلاف الأصل، إذ فيه: إنه لا دليل على أن الإشهاد قائم مقام الطلب، ولو استدل بالملاك ففيه: إنه غير قطعي، بل وخلاف إطلاق الدليل بالنسبة إلى الغائب.

((فروع))

ثم في هذه الأيام التي يتمكن الإنسان فيها من الإبراق إلى المشتري أو التلفن فيما كان له هنالك عند المشتري مال يمكنه أخذه، إذا لم يستعجل الشفيع في إعلامه وأخذه، كان من المفوت للفور أيضاً للملاك.

ولا حاجة إلى إعطاء الشفيع للمشتري الثمن عيناً، بل إذا كان للشفيع على ذمة المشتري بقدره أو أكثر حق له أن يقول للمشتري: أسقطه من حقي ثمناً للمبيع، ولا حق للمشتري في الامتناع بأن يقول: إني لا أريد إلاّ العين نقداً، ولو قال المشتري ذلك لم ينفع، ويكون الشقص للشفيع.

ولا حاجة للحضور عند الحاكم، إذ لا دليل عليه، كما صرّح به غير واحد، كما لاحاجة للحضور عند المشتري أيضاً بعد إمكان إرسال الثمن ونحوه.

ومن ذلك يظهر وجه النظر فيما حكي عن التذكرة أنه قال: (لو لم يتمكن من المضي إلى أحدهما، أي المشتري أو القاضي، ولامن الإشهاد، فهل يؤمر أن يقول: تملكت الشقص أو أخذته، الأقرب ذلك، لأن الواجب الطلب عند القاضي أو المشتري، فإذا فات لم يسقط الآخر، وللشافعية وجهان)، ولذا قال في الجواهر في الإشكال عليه: (لا يخفى عليك ما فيه من عدم الدليل على وجوب القول المزبور، بل الظاهر أنه لا أثر له كما عرفت).

ولو ذهب إلى المشتري لإعطائه الثمن وأخذه بالشفعة، لكن المشتري لما عرف بذلك هرب، لم يكن منافياً للفور وبقي على شفعته، لأنه فعل ما تمكن منه، فيشمله إطلاق أدلة الشفعة.

والظاهر أنه لا يكفي الحضور عند الحاكم إذا كان بإمكانه الحضور عند المشتري من دون محذور، إذ ليس الحاكم ولياً له في هذا الحال، نعم إذا كان المشتري ممتنعاً صح للشفيع الحضور عند الحاكم، لأنه ولي الممتنع.

ولو كان المشتري صغيراً ولا ولي له وجب على الشفيع الحضور عند الحاكم، كما أنه إذا اشتراه ثم جن أو أغمي عليه أو نحو ذلك يجب عليه الحضور عند الحاكم.

هذا لكن ربما يقال: من المحتمل أنه إذا لم يكن ضرر على المشتري في الصبر، لم يجب على الشفيع الحضور عند الحاكم، ومثله ما إذا كان المشتري سجيناً أو مسافراً أو ما أشبه، إذ لا فرق بين عذر الشفيع أو عذر المشتري، فكما أنه إذا كان الشفيع غائباً لا يجب عليه الحضور عند الحاكم هناك لتسليمه الثمن، كذلك إذا كان المشتري غائباً أو سجيناً أو نحوها.

ومنه يعلم وجه النظر في قول التذكرة: (لو لم يمض إلى المشتري ومضى إلى الحاكم لم يكن مقصراً في الطلب).

أما قول المبسوط: (إذا وجبت له الشفعة فسار إلى المطالبة على العادة، قال قوم: إن أتى المشتري فطالبه فهو على شفعته، وإن تركه ومضى إلى الحاكم فطالبه بها عنده فهو على شفعته عند قوم، وقال قوم: تبطل شفعته، فإن ترك الحاكم والمشتري معاً ومضى فأشهد على نفسه أنه على المطالبة بطلت شفعته. وقال أبو حنيفة: لا تبطل ويكون على المطالبة بها أبداً، وقال من خالفه: إنه خلط، لأنه ترك المطالبة بها مع القدرة عليها، وقول أبي حنيفة أقوى، لأنه لا دليل على بطلانها)[1].

فالظاهر أنه كما ذكره الجواهر بعد نقل هذه العبارة وعبارة عن التذكرة، قال: (الغرض من نقل هذه العبارات بيان أن المبسوط والتذكرة لا وثوق بما يصدر من بعض العبارات فيهما، لأنهما مساقان للبحث مع العامة، فربما وقع فيهما ما يظن أنه على مذهبنا وهو بحث منهما مع العامة على أصولهم، وإلاّ فتحقيق الحال أنه لا أثر في نصوصنا ولا في أصولنا لاعتبار حكم الحاكم أو حضوره في الأخذ، لا بالشفعة ولا للإشهاد، لا بالنسبة إلى الصحة ولا بالنسبة إلى إثبات ذلك، أو إثبات العذر المانع له).

إلى أن قال: (ولعل إهمال الأصحاب ذكر الأعذار الحاصلة للشفيع بسبب المشتري اتكالاً على ظهور الأمر، وأنها أولى من الأعذار المتعلقة بالشفيع) انتهى.

وكيف كان، فمن الواضح أنه لو كان البائع الولي في مثل الصغير والمجنون لم يكف الحضور عند المولى عليهما وتسليمها الثمن.

نعم إذا باع الولي ثم كمل المولى عليه صح الحضور عنده وإعطاؤه الثمن،

---

(١) المبسوط: ج٣ ص١٥٦، عنه مفتاح الكرامة: ج١٨ ص٥٦٣.

ولا يصح الحضور عند الولي حينئذ لسقوط ولايته بكمال المولى عليه.

ومنه يعلم أنه ربما يصح الحضور عند الوكيل أو الولي، وربما لا يصح إلاّ عند المولى عليه والموكل، وربما يصح الحضور عند أحدهما، بل وربما عند الحاكم فيما إذا كان المشتري ممتنعاً وكان الطريق منحصراً بالحاكم.

((الجهل التقصيري عذر أيضاً))

وكيف كان، فلا ينبغي الإشكال في أنه لا يضر الجهل بعدم الأخذ بالشفعة، وإن كان الجهل عن تقصير لما عرفت من الدليل.

ومنه ظهر وجه قول الجواهر: (لقد ظهر لك مما ذكرناه من الأصل المزبور أنه لو جهل استحقاق الشفعة فهو على شفعته، كما صرح به غير واحد للإطلاق، نعم قيده بعضهم بما إذا كان قريب العهد بالإسلام أو نشأ في برية لا يعرفون الأحكام، مع أن الأصح خلافه، ضرورة عدم كون ذلك من الضروريات التي لا يعذر فيها إلاّ من كان كذلك، وكذا الحال فيما علم ثبوتها وجهل فوريتها، ولكن في جامع المقاصد: أن الظاهر السقوط، وفيه: إنه لا فرق بينه وبين الأول الذي اعترف فيه بعدم السقوط، كما هو الموافق لما ذكرناه من الأصل) انتهى.

بل مقتضى ما تقدم أنه حتى إذا كان من أهل العلم والفضل وادعى الجهل، إلاّ أن نقطع بأنه كاذب، إذ كثيراً ما أهل العلم والفضل أيضاً لا يعرفون ذلك أصلاً أو كونه فوراً.

أما إذا لم يأخذ بالشفعة، ثم قال: كنت أعلم بالشفعة لكن اجتهادي أو اجتهاد مرجعي أنه ليس فيه فور، فالظاهر القبول في غير ما يوجب ضرراً على المشتري، حيث إن الضرر يوجب العدم.

((النسيان عذر))

ومما تقدم يعلم أن نسيان أصل الشفعة أو الفورية أيضاً من الأعذار.

قال في الجواهر: (وكذا الحال في النسيان، وإن تردد فيه في محكي التحرير

بل قال بعض الناس: إن السقوط به لأنه معذور، لكن لا يخفى عليك ما فيه بعد الإحاطة بما ذكرناه الذي مرجعه الاقتصار في سقوطها على إهمالها بعد التمكن منهما من سائر الوجوه، وإن أطلق بعضهم على ذلك اعتبار الفورية فيها، لكن المراد منه بقرينة ما سمعت من الأعذار ذلك) انتهى.

((الاضطرار والإكراه من الأعذار))

ومنه يعلم حال الاضطرار بأن كان متمكناً في نفسه لكن هناك ضرورة تلجئه إلى عدم الحضور فوراً، كما إذا كان له ولد مريض مخطور أو نحو ذلك، وكذلك حال الإكراه، بأن أكرهه مكره على عدم الحضور، لأنه أعذار، بالإضافة إلى أدلة رفع الإكراه والاضطرار.

ولو قدّم المال إلى المشتري لكن المشتري لم يأخذه بقيت الشفعة، إذ لم يكن من ناحيته تقصير، ويشمله الإطلاق.

وكذا إذا كان قانون البلد مثلاً على عدم الشفعة فلم يعطه المشتري، فإنه حيث ما تمكن كان له الأخذ بها، وإن أوجب ضرراً على المشتري، لأن المشتري هو الذي أقدم على هذا الضرر.

نعم إذا لم يكن المشتري مقدماً لأنه لا يريد الأخذ بالقانون، وإنما القانون يحتم عليه عدم إعطائه الشفعة، كان دليل «لا ضرر» محكماً.

((إذا لم يقبل المشتري بتسلم الثمن))

ثم إذا أراد الشفيع تسليم الثمن حيث أخذ بالشفعة فلم يقبل المشتري، لم يسقط الشفعة بتأخير التسليم، وإنما صار المال مال الشفيع، فإذا لم يقبل بالتسليم لمحذور له أو عناداً، كان للشفيع تسليمه إلى الحاكم لأنه ولي الممتنع.

نعم إذا كان التسليم في وقت لا يتعارف فيه التسليم، كما إذا كان في السفر وكان المال في خطر، سواء كان عند المسلّم أو عند المشتري، فإن له الحق في عدم التسلم، وذلك لعدم تعارف التسليم والتسلم في مثل هذا الحال.

لا يقال: إذا صار المال مال المشتري لم يكن وجه لعدم تسلمه، وإن كان

التسلم محظوراً، لأن عدم التسلم خلاف سلطة الشفيع على نفسه وماله، فإن بقاء مال الغير عند الإنسان رغماً عليه خلاف إرادته خلاف دليل السلطة.

لأنه يقال: المنصرف من الأدلة المتعارف، فغير المتعارف خارج عن دليل التسليم والتسلم، فهو كما إذا غصب منه الثلج في الصيف وأراد تسليمه ولو بعينه في الشتاء، حيث إن دليل «الغصب مردود» منصرف عن مثل ذلك، أو غصب منه ماءً في البلد حيث يعز الماء، فأراد تسليمه الماء ولو عينه على النهر حيث لا قيمة للماء.

ومنه يعلم أنهما إذا كانا في السفر فأراد تسليمه الثمن حق للمشتري عدم التسلم، وأن يقول له: لا أتسلم المال إلاّ حيث يتعارف التسلم في البلد، وإن لم يكن الموضوع خطراً.

((لو صار الثمن قيمياً))

ثم الظاهر أن الثمن لو كان مثلياً ثم صار قيمياً لسقوط المثل عن القيمة، فالواجب على الشفيع إعطاؤه القيمة، كما إذا كان النقد في زمان حكومة رائجاً ثم سقطت تلك الحكومة فسقط النقد، حيث إن النقد كان مثلياً والآن صار قيمياً، لأن نقد تلك الحكومة صار من الأوراق النادرة التي تشترى وتباع باعتبارها ورقاً نادراً لا باعتبارها مثلياً، وكذلك في العكس، فإذا كان قيمياً ثم صار مثلياً لم يبعد أن يكون الواجب إعطاء المثل، كما إذا كان النقد في زمان حكومة فسقطت الحكومة فسقط النقد وصار من الآثار العتيقة ثم رجعت تلك الحكومة فرجع النقد كما كان، حيث إنه في زمان السقوط صار قيمياً ثم تبدل في زمان رجوع الحكومة مثلياً.

ثم إن الجواهر قال ممزوجاً مع الشرائع: (إن القيمة في وقت العقد أو وقت الأخذ أو أعلى القيم من وقت العقد إلى وقت الأخذ، المعروف فيما بينهم الأول، بل لم نعرف القائل بالثاني وإن حكي، أما الثالث فهو المحكي عن

الفخر والموجود في الإيضاح إلى وقت الدفع، محتجاً عليه بأنه أخذ قهري كالغصب، وفيه ما لا يخفى في المقيس والمقيس عليه، ومن هنا قال في غاية المراد: إنه لا وجه له، بل جعل الثاني كذلك أيضاً وهو في محله وإن رماهما غيره بالضعف) انتهى.

وما ذكره المشهور هو مقتضى القاعدة، وأن القيمة اعتبارها بوقت العقد، لأن المشتري إنما خسر هذا المقدار من القيمة فقط، ولو كانت في ضمن العين، ولذا لو ارتفع الثمن أو انخفض بعد تسلم الشريك له لا يضر ولا يربح المشتري بقدر الارتفاع أو الانخفاض، فعليه يجب على الشفيع إعطاء تلك المقدار من القيمة التي خسرها المشتري لاأكثر من ذلك أو أقل، فإذا أعطى المشتري للشريك جوهراً قيمته عشرون في حال الإعطاء ثم ارتفع الجوهر إلى أربعين، أو انخفض إلى عشرة، فإن المشتري إنما خسر العشرين فقط لا أكثر ولا أقل، فعلى الشفيع أنه يعطيه العشرين.

((عذر المشتري في التسلم))

ثم على الفورية لو صار المشتري مغمى عليه أو سجيناً أو مسافراً أو ما أشبه، حيث لا يتمكن من تسلم المال بنفسه أو وكيله، فالظاهر أن الشفعة لا تسقط، وإنما للشفيع الأخذ بالشفعة، واستعداده لإعطاء المال في أول أوقات الإمكان، لإطلاق أدلة الشفعة.

وقال في الجواهر: (لعل إهمال الأصحاب ذكر الأعذار الحاصلة للشفيع بسبب المشتري اتكالاً على ظهور الأمر وأنها أولى من الأعذار المتعلقة بالشفيع) انتهى.

((إذا أكره على الأخذ بالشفعة))

ثم إن الشفيع إذا لم يرد الأخذ بالشفعة لكن أكرهه مكره بالأخذ فالشفعة باطلة، أما إذا كان اضطرار كما إذا أخذه من جهة ولده مثلاً الذي أجبره على

ذلك لا الإكراه، فالظاهر صحة الشفعة، لأن الاضطرار لا يرفع أحكام العقود، كما إذا اضطر إلى بيع داره لأجل معاجلة ولده فإن البيع صحيح، وقد ألمعنا إلى هذه المسألة في بعض مباحث (الفقه).

ولو أوجب أخذ الشفيع للشفعة تضرر المشتري أو الشريك، كما فيما إذا علم الحاكم بذلك اغتصب مال المشتري أو مال البائع الشريك، فهل يصح الأخذ بالشفعة للأدلة المطلقة، أو لا يصح لأجل «لا ضرر» المحكم على الأدلة، أو يلاحظ أقل الضررين، ومع التساوي تساقطا والمرجع الأصل، الظاهر الثالث.

فإن كان أحدهما المتضرر أقل ضرراً قدم الأقل ضرراً، وإذا كان ضررهما متساوياً تساقطا وكان المرجع الأدلة الأولية، فالمال يبقى عند المشتري لأصالة تسلط الناس على أموالهم، فإن الشفعة شرعت لأجل رفع الضرر عن الشفيع فإذا كان الضرر متعارضاً فلا شفعة، ويكون المرجع أصالة تسلط المشتري على ماله، فلا يقال: إن بعد تساقط الضررين يكون المرجع دليل الشفعة، فتأمل.

((التنازل عن حق الشفعة))

ثم الظاهر أنه للشفيع أخذ المال للتنازل عن حق الشفعة، لأنه حق فيصح أن يقابل بالمال في إسقاطه، سواء أخذ المال البائع أو المشتري أو مشتري المشتري، وإذا أسقط حقه في مقابل المال لا حق له في الرجوع في الشفعة، أو في استرجاع المعطي ماله.

نعم لا يبعد أن يكون له ذلك إذا تضرر، بأن كان حق الشفعة يساوي مثلاً عشرين فأخذ عشرة في قبال إسقاط حق الشفعة جاهلاً بذلك، فإن دليل الغرور وما دل من «لا ضرر»[1] ونحوه مما استدلوا به في خيار الغبن وغيره شامل للمقام

(١) الوسائل: ج١٢ ص٣٦٤ الباب ١٧.

أيضاً، وهل له الحق قبل وقوع البيع بأن يقول للشريك أو للمشتري: إنه يأخذ كمية من المال في قبال أنه إذا وقع البيع لا يأخذ بالشفعة، لا يبعد ذلك.

نعم إن لم يبع الشريك أرجع المال، لظهور أنه لم يكن حق حتى يبادل بالمال، فإن أخذ المال قبل البيع سقط لأنه حق قابل للإسقاط والتبديل، فإذا أخذ بالشفعة بعد ذلك لم تثبت له.

((**لا تسقط الشفعة بالتقايل**))

(**مسألة ٨**): قال في الشرائع: (ولا تسقط الشفعة بتقايل المتبايعين، لأن الاستحقاق حصل بالعقد، فليس للمتبايعين إسقاطه).

وقال العلامة في القواعد: (فإن تقايل المتبايعان أو رد بعيب فللشفيع فسخ الإقالة والرد).

وفي مفتاح الكرامة: (أما إن له فسخ الإقالة إذا تقايل المتبايعان فقد صرّح به في المبسوط والمهذب والوسيلة والسرائر والشرائع والتذكرة والتحرير والإرشاد وشرحه لولده والدروس واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان والكفاية والمفاتيح، ثم علله بسبق حق الشفيع على حق البائع من حيث إن الشفعة استحقت بالشراء، والتقايل لاحق للعقد فتقدم الشفعة فله فسخ الإقالة والأخذ من المشتري على قاعدة الشفعة) انتهى.

وفي الجواهر: (بل لا أجد فيه خلافاً بينهم، لصدق أن الشريك قد باع نصيبه وهو عنوان ثبوتها في النص والفتوى) انتهى.

وإنما تصح الإقالة والرد لإطلاق أدلتهما، فيشمل المقام إلاّ أن الشفيع فسخهما باعتبار سبق حقه فيكون بقاء صحتهما مراعى بعفو الشفيع، فإن حصل استمر وإلاّ انفسخ من حينه، ومرادنا بعفو الشفيع أنه لم يأخذ بالشفعة، سواء أسقط شفعته أو بقي ساكتاً عنها حتى فات الوقت.

قال في مفتاح الكرامة: (قال الشهيد في حواشيه: إنه يفهم من فسخ الإقالة والرد أمران:

الأول: الفسخ مطلقاً، أي بالنسبة إلى الجميع، فتكون الإقالة والرد نسياً منسياً.

الثاني: إنه بالنسبة إلى الشفيع خاصة لأنهما مالكان حال التصرف،

فيترتب أثر تصرفهما عليه.

قال: وتظهر الفائدة في النماء، فعلى الأول نماء الثمن بعد الإقالة والردّ للبائع، ونماء المبيع للمشتري، وعلى الثاني بالعكس.

وقال في جامع المقاصد في مناقشته: إن الإقالة والرد يقتضيان الفسخ، والفسخ لا يتجزأ فإما الصحة مطلقاً أو البطلان مطلقاً، وحيث كان الشفيع أسبق كان الأوجه البطلان مطلقاً.

قلت: فسخ الإقالة يرفعها من حين الفسخ ولا يبطلها من أصلها، كما هي قاعدة الفسوخ كنظائرها، فنماء المبيع المنفصل المتخلل بين الإقالة وفسخها للبائع، ونماء الثمن للمشتري، فالوجه الأول من وجهي الشهيد لا وجه له أيضاً لعدم المقتضي لرفع الإقالة من رأس بعد وقوعها من مالك يحتمل أن يؤخذ منه وأن لا يؤخذ، فكانت كالفسخ بالعيب لا يبطل إلاّ من حينه) انتهى.

وقد تقدم عليه المسالك في ذلك فقال: (ثم فسخ الإقالة يرفعها من حين الفسخ، ولا يبطلها من أصلها، كما هي قاعدة الفسوخ كنظائرها، فنماء المبيع المنفصل المتخلل بين الإقالة وفسخها للبائع ونماء الثمن للمشتري. وما قيل هنا خلاف ذلك لا يوافق القواعد الشرعية، ومن جعلها بيعاً خير الشفيع بين الأخذ بالإقالة وجعل الدرك على البائع، وبين فسخها حتى يعود الشقص إلى المشتري فيأخذ منه) انتهى كلام المسالك.

لكن لا يخفى أنه لا وجه لتقييد النماء بالمنفصل، إذ أي فرق بين النماء المتصل والمنفصل بعد كون الملاك فيهما واحداً، وتبعهما الجواهر في كون القاعدة أن الفسخ من حينه لا من أصله.

لكنه قال بعد ذلك: (اللهم إلاّ أن يريد أن نماء الثمن بعد فسخ الإقالة يكون

للبائع ونماء المبيع للمشتري، لا النماء المتخلل بين الإقالة وفسخ الشفيع، ضرورة أن مرجع ذلك حينئذ إلى عدم تأثير ما وقع من الإقالة والرد، وهو مع أنه ليس قولاً لأحد منا، بل ولا من العامة عدا ما تسمعه من ابن شريح، بل يمكن تحصيل الإجماع على خلافه، مناف لإطلاق دليلهما الذي لا ينافيه تعلق حق الشفيع بعد أن تسلط به على الخيار، إذ لا دليل على منافاة تعلق حقه لأصل صحتهما على وجه لا يؤثر سببها)[1].

أقول: أما كون الفسخ من حينه لا من أصله فهو مقتضى القاعدة، كما ذكره السيد والشيخ، حيث إن تأثير الفسخ الحالي في السابق خلاف الأصل، ولا دليل عليه من الشرع حتى يقال به، وكون الفسخ من حينه هو الذي يستفاد من فسخ النكاح، حيث إن فسخه يوجب ارتفاع النكاح من حين الفسخ لا من أصله، فيترتب على الطرفين محرمات المصاهرة وغيرها، كما هو الظاهر من النص والفتوى، كما تقدم.

وأما قوله (اللهم إلاّ أن يريد) ففيه: إن هذا الاحتمال لا وجه له حتى احتمالاً، إذ ليس للشفيع حقان حق إبطال الإقالة والرد، وحق الأخذ بالشفعة، حتى يبطلهما أو لا فيرجع الملكان إلى البائع والمشتري، ويكون نماء المثمن للبائع والثمن للمشتري، ثم يأخذ الشفيع بالشفعة، فاحتمال الحقين غير ظاهر الوجه إطلاقاً.

قال إسحاق بن عمار: حدثني من سمع أبا عبد الله (عليه السلام) وسأله رجل وأنا عنده فقال: رجل مسلم احتاج إلى بيع داره فجاء إلى أخيه فقال: أبيعك داري هذه وتكون لك أحب إليّ من أن تكون لغيرك على أن تشترط لي إن أنا جئتك

---

(١) جواهر الكلام: ج٣٧ ص٣٤٨.

بثمنها إلى سنة أن ترد عليّ، فقال (عليه السلام): «لا بأس بهذا، إن جاء بثمنها إلى سنة ردها عليه». قلت: فإنها كانت فيها غلة كثيرة فأخذ الغلة لمن تكون الغلة، فقال: «الغلة للمشتري، ألا ترى أنه لو احترقت لكان من ماله»[1].

وعن معاوية بن ميسرة، قال: سمعت أبا الجارود يسأل أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل باع داراً له من رجل، وكان بينه وبين الرجل الذي اشترى منه الدار حاضر فاشترط أنك إن أتيتني بمالي ما بين ثلاث سنين فالدار دارك، فأتاه بماله، قال: «له شرطه». قال له أبو الجارود: فإن ذلك الرجل قد أصاب في ذلك المال في ثلاث سنين، قال: «هو ماله»، وقال أبو عبد الله (عليه السلام): «أرأيت لو أن الدار احترقت من مال من كانت تكون الدار دار المشتري»[2].

بل ويؤيد كون الفسخ من حينه لا من أصله، روايات العنين[3]، حيث إن الظاهر منها أن الفسخ إنما يكون من حين الفسخ لا من أصله، بحيث يكون العقد كلا عقد، ولذا كان ظاهرها كما هو ظاهر الفتاوى حلية المرأة للرجل في هذه السنة.

وكذلك الأخبار الدالة على فسخ الصغيرة أو الصغير لو بلغا بعد أن عقدهما وليهما، فإن الظاهر أن في مدة الصغر يكون العقد صحيحاً، وأن ذلك العقد يوجب تحريم المصاهرة كما في سائر العقود، وإنما يكون الفسخ من حين الإدراك والفسخ.

إلى سائر الروايات التي يظهر منها ذلك.

---

(١) الوسائل: ج١٢ ص٣٥٥ الباب ٨ من الخيار ح١.

(٢) انظر الوسائل: ج١٢ ص٦١١ الباب ١٤.

(٣) الوسائل: ج١٤ ص٦١٢ الباب ١٤ من أبواب العيوب والتدليس ح٩ و١٠ و١١ و١٢.

((فروع))

ومما تقدم ظهر حال ما إذا صحح الشفيع البيع الأول، فإنه له أن يأخذ بالشفعة في البيع الثاني، إلاّ إذا باع الشريك إلى نفرين، ثم إن أحدهما باع إلى آخر أو كلاهما باع إلى آخر أو إلى نفرين أو ما أشبه، فإنه لا حق له في الأخذ بالشفعة الثانية، لأن الشركاء صاروا ثلاثة، إلاّ على قول من يرى صحة الشفعة حتى في الشركاء المتعددين.

ومما تقدم يعلم أنه لو تصرف المشتري فيما انتقل إليه أو البائع في الثمن، ثم أخذ الشفيع بالشفعة بطل ذلك التصرف، وإن كان تصرفاً كالوقف ونحوه، إذ لا حق له في هذا التصرف فيقع التصرف مراعىً، فإن إطلاق الأدلة يدل على أن للشفيع أن يأخذ المبيع سواء أوقع المشتري عليه وقفاً أو لا، فإن حق الشفيع سابق على حق الوقف ونحوه كما سيأتي.

ومنه يعلم أن قول الجواهر بعد أن حكى عن مفتاح الكرامة: (إن الإجماع البسيط والمركب على عدم كون ذلك كالفضولي موقوفاً على الإجازة من الشفيع وإلاّ كان باطلاً من أصله): (وهو كذلك خصوصاً في مثل تصرف المشتري مثلاً بالوقف ونحوه) انتهى. ليس للخصوصية في الوقف، فإن الوقف وغيره متساويان في الحكم المزبور.

والحاصل: إن تصرف المشتري صحيح في المثمن، كما تصرف البائع صحيح في الثمن، ولا يتوقفان على إجازة الشفيع.

أما إذا أخذ الشفيع بالشفعة فقد بطل تصرف المشتري، كما يبطل تصرف البائع أيضاً، لأن البيع سقط وإذا سقط البيع سقط آثاره، وليس ما ذكرناه كلام ابن شريح القائل بعدم صحة التصرف مما أطبق العامة والخاصة على خلافه، بل هو عبارة عن صحة التصرف، وإنما للشفيع إبطاله من حين الإبطال لا من الأصل

حتى يكون كالفضولي.

ومما ذكر يعلم حال مطلق الرد بين المتبايعين، سواء كان بتقايل أو رد بيعب أو خيار شرط أو ما أشبه، فلا اختصاص بالمثالين في كلامهم، ولعلهم إنما ذكروهما من باب المثال لا من باب الخصوصية، لوضوح وحدة الملاك في الجميع.

وحيث قد سبق أن للشفيع الأخذ بالبعض خلافاً للمشهور، فإن هنا أيضاً يصح للشفيع فسخ بعض الإقالة والرد، لكن للمشتري خيار تبعض الصفقة، كما ذكرناه هناك أيضاً.

ثم إنه قد تقدم في كلام العلامة مساواة التقايل والرد بالعيب، ونقل أن حكم الرد بالعيب ذلك مفتاح الكرامة عن تصريح المبسوط والوسيلة والسرائر والشرائع والتذكرة والتحرير والدروس واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة.

وعلله بأن (استحقاق الفسخ بالعيب فرع دخول المعيب في ملكه، ودخوله في ملكه إنما يتحقق بوقوع العقد صحيحاً، وفي هذا الوقت تثبت الشفعة فيقترنان، لأن الأخذ بالشفعة والفسخ بالعيب متساويان في الثبوت، لأنهما فرع العقد، فكان الرد بالعيب كالهبة والبيع والوقف والإقالة فرع الملك والعقد. ولكن يفرق بين هذه وبين الرد بالعيب والأخذ بالشفعة أنهما يثبتان قهراً من دون توقف على رضى البائع في الأول ورضى المشتري في الثاني، بخلاف الهبة والبيع ونحوهما فإنهما يتوقفان على رضى الطرفين. ولهذا قالوا: إن الأخذ بالشفعة أسبق منها، لكن ذلك يقضي بأنه أقوى)[1] انتهى.

---

(١) مفتاح الكرامة: ج١٨ ص٦٠٤.

والظاهر أن الحكم كما ذكروه، إذ بسبب البيع يصدق دليل الشفعة، سواء قلنا بأن الحقين متقارنان أو أن حق الشفعة مقدم.

وبذلك يظهر وجه النظر في إشكال الجواهر في المسألة بأنه لا ترجيح لحق الشفيع على حق الرد بالعيب، ثم قال: (اللهم إلاّ أن يقال: إن حق الرد بالعيب إنما يثبت حين العلم به، بخلاف حق الشفيع الثابت بتمام العقد، ولكن قد يناقش بمنع اعتبار العلم في استحقاق الرد به، بل هو ثابت بنفس العقد، ولكن لا يحصل له الأخذ بحقه إن شاء إلاّ بعد العلم به، ومن هنا صرّح غير واحد باقتران الحقين وتساويهما في الثبوت، إلاّ أنه ادعي تقديم حق الشفيع على حق المشتري باعتبار أن الثمن حاصل له من الشفيع فلا ضرر عليه، ولكنه كما ترى إن لم يكن إجماعاً) إلى آخر كلامه، فإنه وإن قلنا باقتران الحقين لكن حق الشفيع داخل في إطلاق الأدلة فيشمله فلا يمانعه حق الرد وإن كان مقترناً، بل لو فرض محالاً أن حق الرد سابق أيضاً كان حق الشفعة باقياً، لما عرفت من إطلاق الأدلة من غير مقيد، فكلما وقع البيع كان للشفيع الأخذ، سواء كان حق مناقض له سابقاً أو لاحقاً أو مقارناً أو مجهولاً في سبقه ولحوقه وتقارنه.

نعم في الفضولي ونحوه حيث لم يثبت العقد أصلاً إلاّ بإجازة المالك ونحوه، لا يكون حق الشفعة إذا لم يجز المالك لأنه لم يقع البيع.

((**الدرك على المشتري**))

(**مسألة ٩**): قال في الشرائع: (والدرك باق على المشتري).

وقال في الجواهر: (إنه بعد فسخ الشفيع الإقالة والرد بشفعته في الشقص يكون الدرك باقياً على المشتري، لانفساخ الإقالة والرد السابقين لا أن المراد مع فرض بقاء أثرهما إن كان الشقص ملكاً للبائع للشفيع أن يشفع به ويأخذه من ملك البائع بالثمن السابق على الإقالة، ولكن الدرك يكون على المشتري لاستصحاب بقائه، وإن احتمله بعض الناس، بل ادعى أنه الموافق لقواعد الباب وغيرها ومحكي الإجماع على أن الدرك على المشتري) انتهى.

ومراده ببعض الناس مفتاح الكرامة، حيث إنه عند قول العلامة: والدرك باق على المشتري، قال: إلاّ أن يقال بجواز الأخذ من البائع بعد الإقالة، لثبوت الشفعة وعدم المنافاة بينهما وبين الإقالة، فكأن البائع قد ارتكب استحقاق الأخذ منه بالإقالة، ولا يضر ثبوت أخذ الشفعة عندهم من المشتري في غير هذه الصورة، بل الأخبار خالية من الأخذ من المشتري، بل هي ظاهرة في الأخذ من البائع، وسيأتي للمصنف الجزم بأن الشفيع يأخذ من البائع فيما إذا اختلف المتبايعان في قدر الثمن وتحالفا.

وقال الشيخ في الخلاف: إن الشفيع يأخذ من البائع فيما إذا ادعى المالك البيع وأنكر المشتري وحلف فالأخذ من البائع ليس ببدع كما يأتي.

فحاصل كلام الجواهر: إن الشفيع يبطل الرد والإقالة، فالملك يرجع إلى المشتري ودركه عليه.

وحاصل كلام مفتاح الكرامة: إن الشفيع لا يبطل الرد والإقالة، فالملك باق على ملك الشريك، لكن دركه على المشتري.

ولا يخفى أنه لا دلالة لكلام الخلاف والعلامة التابع له على ما ذكره مفتاح الكرامة، إذ إنما يأخذ الشفيع من البائع في صورة عدم كون الملك بيد المشتري لإنكاره.

أما إذا فسخ الشفيع الإقالة رجع الملك إلى المشتري، وكان بيد المشتري فلا وجه لأخذ الشفيع الملك من البائع، فكون الدرك على المشتري معناه أن الملك بيده، وأنه هو المأخوذ منه الملك فيضمن المشتري درك ملك نفسه فيما إذا تلف المبيع قبل قبض الشفيع أو ما أشبه، لا أن الملك لإنسان والدرك على إنسان، إذ لا وجه له.

ومنه يعلم أنه لا وجه لما ذكره الجواهر من أن كلام السيد العاملي مخالف لظاهر جماعة وصريح آخرين.

وقد عرفت أن الخلاف والعلّامة أيضاً لا يقولان بما قاله حتى يجعل الجواهر فرقاً بين كلامهما وكلام الآخرين.

نعم ما ذكره الجواهر من (أنه يمكن دعوى القطع بخلاف كلام السيد العاملي، خصوصاً بملاحظة عدم الدليل على ضمان درك ما هو ملك الغير من دون سبب من أسباب الضمان، وخصوصاً بملاحظة الإجماع بقسميه، فضلاً عن ظاهر الأدلة على أخذ الشفيع من المشتري بمعنى الانتقال من ملكه إليه) انتهى، هو مقتضى القاعدة.

ثم قال الجواهر: (نعم لعل الأولى من ذلك احتمال سقوط الشفعة من أصلها، بناءً على ظهور قوله (عليه السلام): «فهو أحق بها من غيره بالثمن»[1]، في عدم رد المبيع إلى المالك الذي هو الشريك الأول، كما تسمعه عن المروزي في تصرف المشتري بوقف أو بيع أو نحوهما، أو على القول بعدم تأثير الإقالة باعتبار تعلق حق الشفيع في العين نفسها على وجه يكون الدرك على المشتري، ولا يكون ذلك إلاّ بعدم تأثير الإقالة والرد كما سمعته من ابن شريح، إلاّ أنهما معاً يمكن دعوى الإجماع من المسلمين على خلافهما فضلاً عن غيره من الأدلة) انتهى.

---

(١) الوسائل: ج١٧ ص٣١٦ الباب ٧ من الشفعة ح١.

لكن الظاهر أنه لاحاجة إلى قوله: (إلاّ أنهما) إلى آخره، إذ قبل الإجماع الأدلة تقتضي ما ذكره من عدم سقوط الشفعة، فإنه لا وجه لسقوطها بعد إطلاق أدلتها، ومن تأثير الإقالة إذ لا وجه لعدم تأثيرها بعد إطلاقات أدلة الإقالة الشاملة للمقام، فذكر الإجماع وحده في مقابل الاحتمالين مع أن الدليل سابق على الإجماع محل نظر.

ثم إن الشرائع قال: (نعم لو رضي الشفيع بالبيع ثم تقايلا لم يكن له شفعة، لأنها فسخ وليست بيعاً) انتهى، ووجهه واضح.

ولذا قال في مفتاح الكرامة عند قول العلّامة: (ولو رضي بالشراء لم يكن له الشفعة بالإقالة) انتهى:

(إذا تقايل المتبايعان بعد رضى الشفيع بالشراء بعفو عن الشفعة لم تتجدد له بالإقالة عندنا، كما تقدم في خاتمة البيع، لأنها ليست بيعاً مطلقاً في حق الشفيع ولا في غيره، كما لا تتجدد له بالرد بالعيب لو كان قد رضي بالشراء أيضاً، ومن قال إنها بيع مطلقاً كأبي حنيفة أو في حق الشفيع قال إنها تتجدد بها، وقد حكي عن أبي حنيفة أنها أيضاً تتجدد بالرد بالعيب أيضاً) انتهى.

أقول: واضح أن الإقالة ليست بيعاً مطلقاً ولا في الجملة، فإنهما مفهومان، ولا دليل على أن أحدهما هو الآخر، بل الإقالة إبطال بينما البيع عقد، وإن أريد أنها تفيد أثره فالجواب أنه لا دليل على ذلك لا عرفاً ولا شرعاً، فإن الشارع لم يتصرف في الإقالة بمثل هذا التصرف، وقد ذكرنا غير مرة أن الموضوعات مأخوذة من العرف إلاّ أن يزيد الشارع أو ينقص فيها.

((لو باع المشتري الحصة))

(مسألة ١٠): قال في الشرائع: (ولو باع المشتري كان للشفيع فسخ البيع والأخذ من المشتري الأول، وله أن يأخذ من الثاني).

وفي الجواهر: (بلا خلاف أجده في شيء من ذلك، بل ولا إشكال، لأن كلاً منهما سبب تام في ثبوت الشفعة فالتعيين إلى اختياره) إلى أن قال: (وكذا لو زادت العقود على الاثنين فإن أخذ بالشراء الأول دفع الثمن وبطل المتأخر مطلقاً، وإن أخذ بالأخير أخذ بثمنه وصح السابق مطلقاً، لأن الرضا به يستلزم الرضا بما سبق عليه، وإن أخذ بالمتوسط أخذ بثمنه وصح ما تقدمه وبطل ماتأخر عنه) انتهى.

لكن يجب أن يقيد ذلك بأحد قيدين، إما أن يبيع المشتري إلى إنسان واحد، وإما أن نقول بالشفعة حتى في الشركاء المتعددين، إذ بدوهما لا وجه لأخذ الشفيع من الوسط أو الأخير بعد رضاه بالبيع الأول الذي سبب تعدد الشركاء كما هو واضح.

ومما تقدم يعرف وجه المثال الذي ذكره الجواهر وغيره تبعاً للقواعد، بأنه لو باعه المشتري بعشرة فباعه الآخر بعشرين فباعه الآخر أيضاً بثلاثين، فإن أخذ من الأول دفع عشرة ورجع الثالث على الثاني بثلاثين، والثاني على الأول بعشرين، لأن الشقص يؤخذ من الثالث، وقد انفسخ عقده وكذا الثاني، ولو أخذ من الثاني صح الأول ودفع عشرين وبطل الثالث فيرجع بثلاثين، ولو أخذ من الثالث صحت العقود ودفع ثلاثين، كما هو واضح.

ولا يخفى أن التقييد بأحد القيدين السابقين يأتي في كل مرتبة من المراتب في العقود المتعددة الواردة على المبيع لوحدة الملاك في جميع المراتب.

ولا يخفى أن قول الجواهر: (بعد ذلك لا يبعد القول بعدم أثر لقوله

فسخت متقدماً على الشفعة لعدم الدليل عليه، بل لا يبعد بطلان الشفعة حينئذ بناءً على منافاة مثل ذلك لفوريتها، كما تسمعه من بعضهم في مثل ذلك) انتهى.

محل نظر، فإنه وإن كان قوله السابق تاماً، إذ لا دليل على أنه يلزم أن يقول: فسخت، بل ظاهر الأدلة أن له الأخذ بالشفعة فقط، وهو الذي لم يغيره الشارع، إلاّ أن قوله بعد ذلك: (إن مثل فسخت متقدماً على الأخذ بالشفعة لا يبعد بطلان الشفعة به) غير ظاهر الوجه، إذ كون الفورية حتى عند القائل بها إلى هذا الحد بعيد جداً إلاّ عند نادر، كما سيأتي الكلام فيه إن شاء الله تعالى.

((لو أوقف المشتري الحصة))

(**مسألة ١١**): قال في الشرائع: (لو وقفه المشتري أو جعله مسجداً فللشفيع إزالة ذلك كله وأخذه بالشفعة).

وفي الجواهر: بلا خلاف أجده فيه بيننا، بل ولا إشكال، لسبق حقه.

وفي مفتاح الكرامة عند قول العلامة: (ولو وقفه المشتري أو جعله مسجداً أو وهبه، فللشفيع إبطال ذلك كله)، قال: (كما صرح بذلك كله في المبسوط والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمسالك والروضة، وهو قضية إطلاق الدروس واللمعة والكفاية والمفاتيح، وفي المبسوط الإجماع على أنه له نقض المسجد إن كان قد بناه مسجداً لو أخذه بالشفعة، واقتصر في الخلاف والشرائع على إبطال وقفه إذا جعله مسجداً، ولم يذكرا الهبة).

وفي المسالك: (وإن كان التصرف مما لا يثبت فيه الشفعة كالوقف والهبة والإجارة فللشفيع نقضه وأخذ الشقص بالشفعة لسبق حقه، وكذا لو وقفه أو جعله مسجداً، وقد أشار بذلك إلى خلاف بعض العامة حيث حكم بعدم نقض الوقف وآخرين حيث حكموا ببطلان تصرف المشتري، وضعف الكل ظاهر) انتهى كلام المسالك.

وكأن هذا العامي لاحظ أن الوقف يكون لله سبحانه وتعالى، فيشمله ما دل على أنه لا رجعة فيه.

لكن لا يخفى أن تقدم حق الشفيع وإطلاق أدلته يقتضي أن حال الوقف حال غيره.

((لو وهب المشتري الحصة))

ومما تقدم ظهر حال الهبة، لازمة كانت أو جائزة، معوضة أو غير معوضة، لذي رحم أم لا، إلى غير ذلك من أقسام الهبة، حيث إن للشفيع أن يبطل كل

تلك ويأخذ بالشفعة، لأن حق الشفعة مقدم على حق الهبة، وقد تقدم عبارة القواعد، ونقل مفتاح الكرامة القول المذكور عن غير واحد.

ولذا قال في الجواهر: (ومما ذكرنا يظهر لك الحال فيما لو كان قد وهبه المشتري بعوض أو غير عوض، هبة جائزة أو لازمة، ضرورة كونه كغيره من التصرفات التي للشفيع فسخها، والأخذ من المشتري بالثمن الذي أخذ به فيملكه هو حينئذ دون الموهوب الذي قد انفسخت هبته، وصار الدرك على الواهب الذي هو المشتري لامتناع صحة الهبة مع ذلك) انتهى.

وكذا لا فرق بين أن يكون الموهوب له الشفيع أو البائع أو غيرهما، لإطلاق الدليل المتقدم.

نعم لو أجاز الشفيع هبة دون هبة مثلاً، أو عملاً دون عمل، فإن كان ما فعله المشتري هو ذلك العمل المجاز لم يحق للشفيع الأخذ بالشفعة، لأنه أسقط شفعته في هذه الصورة.

أما إذا كان العمل غير المجاز فالشفيع باق على شفعته، مثلاً قال: إنك لو وهبت إلى زيد لا آخذ بالشفعة، وإن وهبت إلى عمرو أو غير زيد مثلاً أخذت بها، فإنه إذا وهبه سواء سابقاً أو لاحقاً على كلام الشفيع إلى من أجاز فقد أسقط الشفيع شفعته إن لم يكن كلامه من باب الوعد، وإلا فالوعد غير لازم الوفاء، وكذلك فيما إذا أجاز الشفيع مطلقاً، لكن كان من باب اشتباه الداعي، بأن أجاز هبة المشتري لزيد بظن أن زيداً صديقه فتبين أنه عدوه، فإن الإجازة نافذة حيث إن تخلف الداعي لا يوجب تخلف العقد ونحوه، وكذلك إذا أجاز بقيد، فإنه إذا حصل القيد سقطت شفعته، وإلا فلا، سواء كان قيداً أو وصفاً، مثلاً قال: إذا وهبت لإنسان عالم فلا بأس، فإنه إذا وهبه لإنسان غير

عالم كان له الحق في الأخذ، وهكذا لو كانت الإجازة للهبة مقيدة بوصف أن يجيء فلان بعد الهبة أو نحو ذلك، والجامع أن الهبة قد تكون مقيدة، وقد تكون مطلقة، وكذلك غير الهبة.

ومن ذلك يظهر وجه النظر في كلام القواعد، حيث قال: (ولو وقفه المشتري أو جعله مسجداً أو وهبه فللشفيع إبطال ذلك كله، والثمن للواهب أن يأخذه إن لم تكن لازمة، وإلا فإشكال، فإن قلنا به رجع المتهب بما دفعه عوضاً وإلا تخير بينه وبين الثمن) انتهى.

إذ قد عرفت أنه لا فرق بين الهبة اللازمة والهبة الجائزة، وما ذكره في مفتاح الكرامة توجيهاً لكلام العلامة لا يخفى ما فيه، قال: (لنا أن نقول: بعد عدم الجزم بصحة العقد ينبغي أن نجري على القواعد، وأن نقتصر في الإبطال على محل الحاجة وما يجمع به بين الحقين، ففي الوقف لابد من إبطاله بالكلية، والإبطال في غيره كالبيع والهبة إبطال اختصاص المشتري الثاني والمتهب بالعين لا الثمن، والفائدة في المتهب واضحة، وتظهر الفائدة في البيع فيما إذا كان اشترى الشقص بعشرين وباعه بعشرة ثم فسخ الشفيع، فإن العشرين تكون للمشتري الثاني والمتهب كما يأتي، وكلام الجماعة ما عدا المصنف هنا وفي التحرير لا يأبي ذلك) انتهى.

إذ بعد بطلان الهبة لا وجه أن يكون الثمن للمتهب، ولا وجه لفرقه بين الوقف والهبة، فإنه إذا بطل الوقف أيضاً يكون الثمن للواقف، لا أن يكون الثمن للموقوف عليه في الوقف الخاص.

ولذا قال في الجواهر: إن ذلك لا يتم إلاّ على تقدير كون الأخذ بالشفعة

غير مبطل للهبة، وقد عرفت سابقاً أن الأخذ إنما يكون بالبيع السابق الذي يمتنع معه الحكم بصحة التصرف اللاحق، كما اعترف به هو سابقاً في البيوع المترتبة، مضافاً إلى معلومية منافاة كون الأخذ من المشتري والدرك عليه ببقاء الهبة وثبوت ملك المتهب)، ثم قال: (ومن ذلك يظهر لك ضعف ما فرعه الفاضل بقوله: فإن، إلى آخره الذي معناه أنه إن قلنا بكون الثمن للواهب، فإن كان المتهب قد دفع عوضاً للهبة فقد فات المعوض فيرجع به، وإن قلنا بأنه للمتهب تخير بين العوض بأن يسفخ الهبة لفوات العين فيرجع به وبين بقائها فيأخذ الثمن وأنه حقه، إذ الفرض لزومها من طرف الواهب، إلاّ أن ذلك كله كما ترى) انتهى.

ومن ذلك يظهر وجه النظر فيما حكي عن التذكرة والإيضاح، ومثله عن الحواشي أن المنقول أن الهبة إن كانت لازمة يكون الثمن للموهوب له مطلقاً. وكذا إذا تصرف، لأنها قد صارت لازمة، ولذا كان المحكي عن جامع المقاصد: (إنه ليس بشيء، وأن الأصح أن الهبة تبطل في الموضعين ويرجع الأمر كما كان، لأن الشفيع إنما يأخذ بالبيع الأول من المشتري والدرك عليه والثمن حق له وهذه حقوق للشفيع ثابتة تنافي بقاء الهبة، وهذا الإشكال ضعيف جداً) انتهى كلام جامع المقاصد.

ومنه يعلم وجه النظر في كلام مفتاح الكرامة على جامع المقاصد، حيث قال: (ليس هناك إلاّ حق واحد وهو كون الدرك عليه، وقد جعله مستمسكاً في هذه المقامات، مع أنه يمكن أن يقال: إن الشارع أثبته له عليه عقوبة، كما أثبت له الأخذ منه قهراً، حيث لم يستأذنه ولم يستأمره، أو لم يسأل ويستفصل، وإلاّ فقد يقتضي الأخذ منه قهراً أن يكون الدرك على البائع) انتهى.

إذ الإمكان الذي ذكره لا يمكن أن يكون وجهاً لضعف كلام جامع المقاصد، وأي دليل على أن الشارع أثبته له عليه عقوبة.

ولذا قال في الجواهر: (إن دعوى احتمال كون الدرك عقوبة للمشتري، وإن لم يعد الملك له والتجزي بالنسبة إلى الأحكام، لا ينبغي أن يصغى إليها، إذ هي مجرد هجس في مقابلة الأدلة الشرعية).

ثم إنه لو قال الشفيع: إني جوزت الهبة لكن إلى غير زيد المتهب، أو إني جوزت الانتقال إلى زيد لكن لا بعنوان الهبة، بطلت الهبة لعدم الانفكاك بين الأمرين، ولا يكون ذلك حجة على الشفيع في أن يهبه الواهب مرة ثانية إلى غير زيد، أو يبيعه إلى زيد مثلاً، لأن ما وقع لم يمض، وما يقع لم يجزه الشفيع.

ولو قال الشفيع: أجزت الهبة أو البيع أو الوقف أو ما أشبه، ثم قال بعد ذلك: ظننت أن الهبة لزيد بينما أنت وهبتها لعمرو، أو ظننت أن البيع كذلك، أو ظننت أن الوقف مسجد، ثم تبين أنه حسينية، فهل يسمع قوله، لأنه ما لا يعرف إلاّ من قبله، أو لا يسمع لأنه ادعاء للإبطال بعد الإجازة، كما إذا باع البائع ثم قال: ظننت أن المشتري زيد فتبين عمرو، فإن أصالة الصحة محكمة، الظاهر الثاني، لكن له حق إقامة الدعوى بإتيان البينة، فإن لم تكن له حق له إحلاف الطرف أي المشتري فيكفي حلفه حتى على عدم العلم.

((الشفيع يأخذ من المشتري لا البائع))

ثم إن الشرائع قال: (والشفيع يأخذ من المشتري ودركه عليه، ولا يأخذ من البائع، لكن لو طالب والشقص في يد البائع قيل له خذه من البائع أو دعه، ولا يكلف المشتري القبض من البائع مع امتناعه، ولو التمس ذلك الشفيع، ويقوم قبض الشفيع مقام قبضه، ويكون الدرك مع ذلك على المشتري، وليس

للشفيع فسخ البيع، ولو نوى الفسخ والأخذ من البائع لم يصح) انتهى.

ووجه الكل واضح، وقد ادعى في الجواهر عدم الخلاف مكرراً في الفروع المذكورة.

قال في المسالك: (إنما كان أخذه من المشتري لأنه يأخذ بالثمن، ويشترط في استحقاقه صحة البيع فينقطع ملكية البائع له، ومتى كان كذلك فدركه على المشتري، ولو ظهر استحقاق الشقص يرجع عليه بالثمن وغيره مما يغرمه على ما فصل، ولكن لو كان المشتري لم يقبضه من البائع لم يكلف أخذه منه، ثم إقباضه للشفيع لأن الغرض قبضه وهو حاصل بدون ذلك، ولأن الشقص حق للشفيع، فحيث ما وجده أخذه، وقبض الشفيع كقبض المشتري لانتقال الحق إليه، فلا وجه لتكليف المشتري أمراً لا يفوت بعدمه حق الشفيع.

وعلى كل حال، فيبقى الدرك على المشتري لما تقرر من أخذه منه، ونبه بذلك على خلاف بعض العامة حيث أوجب على المشتري قبضه من البائع وانضاضه، نظراً إلى أن الشفيع بمترلة المشتري من المشتري وهو ممنوع، وإنما له أخذ حقه ممن وجده بيده، وثبوت دركه على المشتري لانتقال الملك عنه كما ذكر) انتهى.

أما إذا كان بيد البائع فقال: أسلمه إلى المشتري فخذه منه، فالظاهر أنه لاحق له، إذ الملك قد أصبح للشفيع فلا يجوز للبائع التصرف فيه ولو بتسليمه إلى المشتري بدون إذنه، كما أنه إذا عصى البائع من تسليمه إلى الشفيع فالظاهر أن المشتري هو المكلف بتحصيله وإعطائه إلى الشفيع، لأن من يدخل الثمن في كيسه هو المكلف بإعطاء المثمن إلى مالك الثمن.

وبذلك يظهر وجه النظر في ما ذكره الجواهر حيث قال: (بل لعل المتجه

عدم التزام المشتري بتحصيله من البائع لو فرض عصيانه به)[1]، إذ لم يعرف وجه الاتجاه المذكور بعد ما عرفت من أنه مقتضى القاعدة، كما أن قول الجواهر بعد ذلك: (وليس للشفيع منع الثمن الذي رضي المشتري ببقائه في ذمته عند أخذه بالشفعة عليه، حتى يسلمه الشقص لعدم المعاوضة بينهما الموجبة للتقابض)[2] انتهى.

غير ظاهر الوجه، إذ قد عرفت في السابق أن مقتضى القاعدة التقابض فلا أولية لإعطاء أحدهما قبل الآخر.

أما قول الشرائع أخيراً: (وليس) إلى آخره، فقد ذكر في المسالك تعليلاً له بقوله: (لأن العقد لم يقع معه، فلا وجه لتسلطه على فسخه بغير سبب شرعي يوجبه وحقه منحصر في الأخذ من المشتري. وعلى هذا فلو اشتغل بالفسخ بعد علمه بالحال بطلت شفعته باشتغاله بما ينافي الفورية، ولو نوى بأخذه بالشفعة الفسخ وأخذه من البائع لم يصح الأخذ، لأنه محال شرعاً فلا يؤثر نيته كما لو نوى أخذه من الأجنبي، ومبطل للشفعة لمنافاته للفورية أيضاً حيث لا يكون معذوراً في ذلك، وكما لا يصح فسخه من نفسه لا يصح بالاتفاق بينه وبين البائع بالإقالة وغيرها لاشتراكهما في المقتضي) انتهى.

ولا يخفى ما فيه، إذ قد تقدم أنه حتى على القول بالفورية لا يقال بالفورية بمثل هذا القدر، ولهذا قال في الجواهر معرضاً بالمسالك: (بل قيل لو اشتغل بالفسخ بعد علمه بالحال بطلت شفعته لمنافاة مثله للفورية، وإن كان فيه ما فيه) انتهى.

ثم إنه حيث عرفت في كتاب البيع أن المعاملة بين الشيئين ولا خصوصية للطرفين، فإن البيع ليس كالنكاح الركنان فيه هما الزوجان، بل في المقام الركنان

(١) جواهر الكلام: ج٣٧ ص٣٥٦.

(٢) جواهر الكلام: ج٣٧ ص٣٥٦.

هما العوض والمعوض فلا أهمية لتصور الشفيع أنه يتلقى الملك من البائع أو من المشتري، إذ المهم أن الثمن يكون في قبال الشقص، وعليه فإذا تصور الغلط لم يضر ذلك بشفعته وإن نوى ذلك، لأن نية كون البائع زيداً أو عمرواً لا يؤثر في صحة البيع، نعم لو كان على وجه التقييد لم يصح.

وكأنه لذا قال في الجواهر: (ومن ذلك يعلم أن المعتبر في الشفعة قصد تملك الشقص بالثمن من دون ملاحظة كونه من المشتري أو البائع، وإن كان هو شرعاً ينتقل إليه من المشتري فتأمل جيداً فإنه ربما دق) انتهى.

أما قول الشرائع المتقدم: بأنه لم يصح، فالظاهر أن مراده ما ذكره في الجواهر حيث قال: (ولعل ذلك غير مناف لما في المتن وغيره من عدم صحة ذلك لو نواه، ضرورة إرادة عدم ترتب أثر لذلك عليه لا أن أخذه بالشفعة حينئذ باطل) انتهى.

إذ لا وجه للبطلان كما عرفت، فاللازم أن يحمل كلامه وكلام غيره على ما ذكرناه من عدم ترتب أثر على مثل هذه النية، سواء كان الشقص في يد البائع وقبضه الشفيع من يده، أو كان في يد المشتري، أو في يد ثالث، إذ لا يختلف الحال في كل ذلك لإطلاق الأدلة.

((**لو انهدم المبيع أو عاب**))

(**مسألة ١٢**): قال في الشرائع: (ولو انهدم المبيع أو عاب، فإن كان بغير فعل المشتري أو بفعله، قبل مطالبة الشفيع، فهو بالخيار بين الأخذ بكل الثمن أو الترك).

وفي مفتاح الكرامة عند قول العلامة: (ولو انهدم أو تعيب بفعل المشتري قبل المطالبة أو بغير فعله مطلقاً تخير الشفيع بين الأخذ بالجميع أو الترك) انتهى:

(أقول: إنه إذا تعيب الشقص أو استهدم قبل المطالبة، ففي صريح المبسوط وجامع الشرائع على تفصيل والكافي والغنية والسرائر والشرائع والإرشاد والمختلف والمسالك، وكذلك التذكرة بقرينة العنوان والإطلاق، والدروس بقرينة الإطلاق، أن الشفيع بالخيار بين الأخذ بالثمن وبين الترك، وفي الغنية الإجماع عليه، وفي المسالك والكفاية والمفاتيح أنه مشهور، وفي الرياض أنه الأشهر، لأنه تصرف في ملكه تصرفاً سابقاً فلا يكون مضموناً عليه والفائت لا يقابل بشيء من الثمن، فلا يستحق الشفيع في مقابلته شيئاً، كما لو تعيب في يد البائع، فإن المشتري يتخير بين الفسخ والإمضاء بجميع الثمن) انتهى.

ومنه يعلم أولوية ما إذا كان الانهدام والتعيب بآفة سماوية ونحوها، من غير مدخلية لإنسان فيه.

وفي الجواهر بعد نقله الإجماع عن الغنية قال: (وهو الحجة، ويدل عليه بالإضافة إلى إطلاق حسن الغنوي المتقدم: «فهو أحق بها من غيره بالثمن»[1] فإنه يشمل ما إذا تعيب أو انهدام أو غيرهما، مرسل ابن محبوب، قال: كتبت إلى الفقيه (عليه السلام) في رجل اشترى من رجل نصف دار مشاع غير مقسوم،

(١) الوسائل: ج١٧ ص٣١٦ الباب ٧ من الشفعة ح١.

وكان شريكه الذي له النصف الآخر غائباً، فلما قبضها وتحول عنها تهدمت الدار وجاء سيل خارق (جارف) فهدمها وذهب بها جاء شريكه الغائب فطلب الشفعة من هذا، فأعطاه الشفعة على أن يعطيه ماله كملاً الذي نقد في ثمنها، فقال له: ضع عني قيمة البناء فإن البناء قد تهدم وذهب به السيل، ما الذي يجب في ذلك، فوقع (عليه السلام): «ليس له إلاّ الشراء والبيع الأول إن شاء الله»[1].

وفي قبال هذا القول الذي هو المشهور قول النافع بالضمان، كما استظهر من عبارته وتبعه جامع المقاصد، فقال في محكي كلامه: (إن فيه نظراً، لأن المشتري وإن تصرف في ملكه إلاّ أن حق الشفيع قد تعلق به فيكون ما فات منه محسوباً عليه، كما يحسب عليه عين المبيع، ولا استبعاد في تضمين المالك ما يجنى على ملكه إذا تعلق به حق الغير، كالرهن إذا جنى عليه الراهن، وقد سبق في كتاب البيع وجوب الأرش على البائع إذا تعيب المبيع في يده، فينبغي أن يكون هنا كذلك، وقد نبه عليه في التذكرة) انتهى.

ويرد الاستدلال بالروايتين[2] بأن ثانيهما في الانهدام لا تصرف المشتري، وأولهما منصرف إلى ما كان صحيحاً كما أخذه، ولا مانع من الفرق بين التعيب بآفة سماوية وبسبب المشتري إذا كان هنالك دليل فارق بين المقامين.

ولعل هذا الفرق هو ظاهر الخلاف أيضاً، فإنه قال في مفتاح الكرامة نقلاً عنه: إن أصابها هدم أو غرق أو ما أشبه ذلك، فإن كان ذلك بأمر سماوي فالشفيع بالخيار بين أن يأخذ بجميع الثمن أو يترك، وإن كان ذلك بفعل آدمي كان له أن يأخذ العرصة بقيمتها من الثمن.

ولذا علق على كلام الخلاف الجواهر بعد نقله بقوله: بناءً على شمول الآدمي للمشتري فيه.

---

(١) الوسائل: ج١٧ ص٣٢٣ الباب ٩ ح١.

(٢) الوسائل: ج١٧ ص٣٢٣ الباب ٩ ح١.

وعلى هذا فمقتضى القاعدة ما ذكره جامع المقاصد تبعاً للشيخ، وقد ذكر الرهن والأرش للاستيناس، ولذا قال: ولا استبعاد.

لكن لا فرق بين أن يكون فعل المشتري قبل المطالبة أو بعدها، و(أحق بالثمن) في الرواية منصرف إلى عدم تصرفه، كما أن المرسل خاص بالتلف السماوي، وبعد الدليل لا مجال لأصالة عدم الضمان.

ومنه يعلم وجه النظر في قول الجواهر حيث قال: (لا يخفى عليك ما في كلام جامع المقاصد من منافاته لما سمعت من المرسل[1] المنجبر بما عرفت، والإجماع المحكي المؤيد بالحسن المزبور، وأصالة عدم الضمان، التي منها يعلم الفرق بين المقام وبين المبيع في يد البائع المعلوم ضمانه عليه بدليله، بل يمكن دعوى إجماع الأصحاب على خلافه في الجملة)، إلى أن قال: (والشيخ مع أنه لم يفرق بين المطالبة وغيرها يمكن أن يكون مراده عدم دخول الإنقاض بالشفعة وصيرورتها منقولة حينئذ بالانهدام فيأخذ العرصة حينئذ خاصة بما يخصها من الثمن) انتهى.

((صورة التعيب والانهدام))

بل ظاهر المسالك الميل إلى هذا القول، فإنه قال في صور التعيب والانهدام: (أحدها أن يكون ذلك بفعل المشتري قبل مطالبة الشفيع بالشفعة، ولا يحصل معه تلف شيء من العين بأن ينشق الجدار أو ينكسر الجذع أو نحو ذلك، فالشفيع بالخيار بين الأخذ بكل الثمن وبين الترك، لأن المشتري إنما تصرف في ملكه تصرفاً سائغاً، فلا يكون مضموناً عليه، والفائت لا يقابل بشيء من الثمن فلا يستحق الشفيع في مقابلته شيئاً، كما لو تعيب في يد البائع فإن المشتري

(١) الوسائل: ج١٧ ص٣١٣ الباب ٩ ح١.

يتخير بين الفسخ وبين الأخذ بجميع الثمن، هذا هو المشهور، وربما قيل بضمانه على المشتري لتعلق حق الشفيع به فيضمنه المشتري وإن كان ملكه، كما يضمن الراهن الرهن إذ جنى عليه) انتهى.

فإن نقله قيل بدون اعتراض عليه ظاهر في ميله، بالإضافة إلى أنه نسب القول بعدم الضمان إلى المشهور مما يدل على أن غير المشهور ذهبوا إلى الضمان، فكيف يمكن دعوى الجواهر الإجماع في الجملة، كما تقدم في كلامه.

بل لا يبعد أن يكون الحكم كذلك في الترقي والتترل السوقيين حيث إن قوله (عليه السلام): «بالثمن»[1] ونحوه منصرف إلى بقاء السوق، فإن الاعتبار في الأمور المالية ليس بالحجم بل بالواقع، وإنما الحجم واسطة فقط، كما ذكرنا مثل ذلك في باب المهر والوصية والوقف والدين وغيرها في كتبها، وفي كتاب (الفقه: الاقتصاد) بصورة خاصة، فإذا اشتراه المشتري بمائة وكان المائة القيمة السوقية، ثم ارتفعت إلى المائتين وجب على الشفيع إعطاء المائتين، ولو انخفضت القيمة إلى خمسين لم يلزم على الشفيع إلاّ إعطاء الخمسين، فإن المائتين في الصورة الأولى والخمسين في الصورة الثانية بقدر المائة عرفاً، بعد ما عرفت من عدم الاعتبار بالحجم في الأمور المالية، لكني لم أجد من ذكره هنا، وقد ذكرنا في كتاب الغصب بعض تفصيل الكلام في ذلك، مما يؤيده بعض المؤيدات في الروايات.

((إذا كان الخراب بفعل الأجنبي))

ومما تقدم يعلم أنه إذا كان الخراب بفعل الأجنبي أخذ الشفيع بحصته من

---

(١) الوسائل: ج١٧ ص٣١٦ الباب ٢ ح١.

الثمن، ويكون التفاوت للمشتري على الهادم لأنه هدم ملك المشتري، كما ذكروا في أن النماء للمشتري فاحتمال أنه يعطي الشفيع كل الثمن ويرجع بالتفاوت على الهادم لتعلق حقه به، فالهدم وقع في متعلق حقه، غير ظاهر الوجه، من غير فرق في ذلك بين فعل الأجنبي الهدم قبل مطالبة الشفيع أو بعد مطالبته، لكن قبل الأخذ بالشفعة، أما إذا هدم بعد الأخذ بالشفعة فهو فائت من ملك الشفيع فعليه أن يعطي كل الثمن للمشتري وأن يأخذ التفاوت من الهادم.

نعم إذا لم يكن الهدم ضاراً بالقيمة فلا شيء، لا للشفيع في الصورة الثانية، ولا للمشتري في الصورة الأولى، كما إذا كانت غرفة زائدة مما لم يكن لوجودها أو عدمها أي أثر، فإن الهدم لا يوجب شيئاً على الهادم إلاّ المعصية، ولو سبب العدم زيادة القيمة فرضاً، فالظاهر أن الشفيع يلزم عليه إعطاء الزائد لما عرفت في مسألة زيادة القيمة السوقية، فتأمل.

((**الأنقاض للشفيع**))

ثم إن الشرائع قال ممزوجاً مع الجواهر: (وعلى كل حال، فالأنقاض للشفيع، باقية كانت في المبيع أو منقولة عنه، بلا خلاف فيه أجده بيننا، بل في المسالك ما يشعر بالإجماع عليه لتعلق الحق بها غير منقولة، لأن لها نصيباً من الثمن الذي يأخذ به الشفيع فلا يلزم بدفع الثمن لما عداها لما فيه من الضرر، ودفع ما يخص العرصة خاصة مناف لقوله (عليه السلام): «فهو أحق بها بالثمن»[1]، فتأمل جيداً. ومراده بإشعار المسالك ما ذكره في قوله: وفي الصورتين، أي صورة كون الهدم بفعل المشتري وصورة ما كان بغير فعله، لو كان أجزاؤه قد انفصلت بالانهدام فالأنقاض وهي آلات البناء من الخشب والحجارة للشفيع عندنا،

(١) الوسائل: ج١٧ ص٣١٦ الباب ٢ ح١.

وإن كانت الآن منقولة لأنها جزء من المبيع، وقد كانت مثبتة حال البيع والشفعة متعلقة بها تبعاً فيستصحب، وخالف في ذلك بعض الشافعية فجعلها للمشتري بخروجها عن متعلق الشفعة، وفي أخذ الباقي بحصته من الثمن أو بجميعه لهم وجهان) انتهى.

فإن قوله: (عندنا) وذكر بعض الشافعية في مقابل ذلك يعطي الإجماع الذي ذكره الجواهر، كما هو واضح.

وفي مفتاح الكرامة عند قول العلّامة: (والأنقاض للشفيع وإن كانت منقولة) قال: (صرّح بذلك في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير والإرشاد والدروس وجامع المقاصد والمسالك مجمع البرهان وغيرها) انتهى.

ومما تقدم ظهرت الصور التسع للمسألة بما إذا زادت العرصة بالهدم أو نقصت أو بقيت على نفس القيمة، كل ذلك مضروباً فيما إذا زادت الأنقاض في قيمتها بسبب النقض أو نقصت أو بقيت على قيمتها السابقة فلا حاجة إلى تفصيل الكلام في كل صورة صورة.

((إذا كان العيب بفعل المشتري))

ثم إن الشرائع قال: (وإن كان العيب بفعل المشتري بعد المطالبة) أي بالشفعة (ضمنها المشتري، وقيل لا يضمنها لأنه لا يملك بنفس المطالبة بل بالأخذ، والأول أشبه) انتهى.

وفي مفتاح الكرامة عند قول العلامة (وإن كان بفعل المشتري بعد المطالبة ضمن المشتري على رأي): (هو خيرة الكافي والغنية والسرائر والشرائع والنافع وجامع الشرائع والتحرير والإرشاد وشرحه لولده والمختلف والدروس وجامع المقاصد والمسالك والمفاتيح، وفي المختلف وجامع المقاصد والرياض إنه المشهور، وفي المسالك والكفاية إنه أشهر، وفي الغنية

الإجماع عليه، مع التقييد فيها وفي الكافي والسرائر بالعلم بالمطالبة، ولا يفهم من التذكرة في ذلك شيء) انتهى.

ولذا نسبه الجواهر إلى المشهور أيضاً.

ثم إن القول الثاني نسبه جماعة كالمحقق والشهيد الثانيين والمفاتيح إلى الشيخ، وقال الشهيد الثاني: (إنه مذكور في المبسوط، ونسبه في الإيضاح إليه في الخلاف، لكن عبارتيه في الخلاف والمبسوط غامضة لا تدل على ذلك بالصراحة، فإنه قال في أولهما فيما حكي عنه: إن كان ذلك بأمر سماوي، فالشفيع بالخيار بين أن يأخذ بجميع الثمن أو يترك، وإن كان بفعل آدمي كان له أن يأخذ العرصة بحصتها من الثمن.

وقال في المبسوط: (إذا اشترى شقصاً فوجب للشفيع فيه الشفعة فأصابه نقص أو هدم قبل أن يأخذ الشفيع بالشفعة فهو بالخيار بين أن يأخذه ناقصاً بكل الثمن أو يدع، سواء في ذلك كان هدمه المشتري أو غيره أو انهدم من غير فعل أحد، وكذلك إن احترق بعضها، أو كانت أرضاً فغرق بعضها، فللشفيع أن يأخذ ما يبقى بجميع الثمن أو يدع، لأنه إن هلك بأمر سماوي فما فرط فيه، وإن هدمه هو فإنما هدم ملك نفسه، وإذا أخذه بالشفعة أخذ ما اتصل به وما انفصل عنه من آلاته لأنه جميع المبيع، وقيل إنه بالخيار بين أن يأخذ الموجود بما يخصه من الثمن أو يدع، والذي يقوى في نفسي أنها إذا انهدمت وكانت آلاتها باقية فإنه يأخذها وآلاتها بجميع الثمن أو يتركها، وإن كان قد استعمل آلاتها المشتري أخذ العرصة بالقيمة، وإن احترقت أخذ العرصة بجميع الثمن أو يترك.

بل ولا يدل على ذلك عبارته في النهاية أيضاً، فإنه قال في محكيه: والغائب إذا قدم وطالب بالشفعة كان له ذلك ووجب عليه أن يرد

مثل ما وزن من الثمن من غير زيادة ولا نقصان، فإن كان المبيع قد هلك بآفة من جهة الله أو من جهة غير جهة المشتري، أو هلك بعضه بشيء من ذلك لم يكن له أن ينقص من الثمن بمقدار ما هلك من المبيع ولزمه توفية الثمن على الكمال، فإن امتنع من ذلك بطلت شفعته) انتهى.

وأنت ترى عدم ظهور هذه العبارات فيما نسب إليه، ولذا قال في الجواهر بعد نقله عبارة المبسوط: (ولعل نسبة الخلاف إليه باعتبار عدم ذكر المطالبة، بل جعل العنوان عدم أخذ الشفيع بالشفعة طالب أو لم يطالب، فبناءً على إرادة غير الأخذ من المطالبة في كلامهم يكون مخالفاً، وإلاّ فلا حتى لو قيل بالملك بها دونه، ضرورة كونه خلافاً فيما يحصل به الملك، وإلاّ فالمفروض في كلامه قبل حصول الملك للشفيع) انتهى.

((ضمان المشتري مطلقا))

وكيف كان، فمقتضى القاعدة أن المشتري ضامن مطلقاً في هذه الصورة وفي غيرها، إلاّ إذا كان التلف بآفة سماوية، للرواية المتقدمة[(١)] المخصصة للقاعدة.

ويظهر من الحدائق التردد في هذه المسألة، حيث إنه نقل القولين بلا تعليق، فقال بعد ذكر أن للمسألة صوراً: (ثانيها: أن يكون ذلك بفعل المشتري بعد المطالبة بالشفعة، والمشهور أنه يضمن النقص بمعنى سقوط ما قابله من الثمن، لأن الشفيع قد استحق أخذ المبيع كاملاً بالمطالبة وتعلق حقه به، فإذا نقص بفعل المشتري ضمنه له، وقيل بعدم الضمان وهو ظاهر الشيخ في المبسوط استناداً إلى أن الشفيع لا يملك بالمطالبة، بل يملك الأخذ فيكون المشتري قد تصرف في ملكه تصرفاً سائغاً فلا يتعقبه الضمان، وردّ بأن التصرف في الملك لا ينافي ضمانه كتصرف

(١) الوسائل: ج١٧ ص٣٢٣ الباب ٩ ح١.

الراهن، وهذا منه لاشتراكهما في تعلق حق بالعين) انتهى.

وعلى ما ذكرناه فلا فرق بين أن يفوت شيء من العين، أو أن لا يفوت شيء مثل شق الجدار وكسر الجذع ونحو ذلك، فإنه مضمون على المشتري للقاعدة، والخارج منها ما عرفت.

ومنه يعلم وجه النظر في قول الجواهر: (إن ظاهر كتب الشيخ عدم الفرق بين فوات الجزء والوصف إذا كان بالآفة، وهو لا يخلو من قوة، بل لعل المرسل[1] المزبور دال على ذلك، بل قد يقال: إن قوله (عليه السلام) فيه: «ليس له» إلى آخره، مطلق لا يختص بخصوص مورد السؤال، فيشمل حينئذ صورة إتلاف المشتري أيضاً بإحراق ونحوه، بل لعل قوله (عليه السلام): «فهو أحق بها من غيره بالثمن»[2] يقتضي ذلك أيضاً، ضرورة كون المراد منه بيان أحقية الشفيع من غيره بجميع الثمن، تلف بعضه أو لا، وليس المراد منه بيان أحقيته في الكل بالكل، وفي البعض بالبعض، وإلاّ لجاز للشفيع التبعيض اختياراً وهو معلوم العدم) انتهى.

فإن صورة الآفة الخارجة عن عمل الإنسان مستثناة بالدليل.

أمّا صورة عمل الإنسان مشترياً كان أو غيره، فاللازم أن ينقص من الثمن بقدره، سواء كان كتشقق الجذع، أو كذهاب بعض العين، ونقض الجواهر بأنه وإلاّ لجاز للشفيع، غير ظاهر الوجه، لأن اللازم العمل بمقتضى القاعدة، كما أن استدلاله بأحق بها من غيره بالثمن، قد عرفت أنه منصرف إلى الكامل لا إلى ما نقص بعض أجزائه أو تعيب، ولذا علل في محكي الإيضاح وجامع المقاصد الضمان بما يشمل جميع الصور بقولهما بأن الشفيع استحق بالمطالبة أخذ المبيع كاملاً أو تعلّق حقّه به، فإذا نقص بفعل المشتري ضمنه، ومن الواضح أن

---

(١) الوسائل: ج١٧ ص٣٢٣ الباب ٩ ح١.

(٢) الوسائل: ج١٧ ص٣١٦ الباب ٢ ح١.

الاستحقاق لا فرق بين المطالبة وقبلها، ولذا جعل مفتاح الكرامة مقتضى القاعدة الضمان حيث قال: (وكيف كان، ففي إجماع الغنية فيما نحن فيه المعتضد بالشهرة المعلومة والمنقولة وعمل من لا يعمل إلاّ بالقطعيات كأبي الصلاح وأبي المكارم وأبي عبد الله مع موافقة القواعد والأصل المؤيد بإطلاق ما دل على لزوم الأخذ بالشفعة بالثمن وندرة المخالف غنية وبلاغ، ولك أن تقول: إن قواعد الشفعة إنما هي أخذ جميع المبيع بجميع الثمن إلاّ ما كان بدون تقصير من المشتري ولو بفعله) انتهى.

نعم استثناؤه صورة غير تقصير المشتري غير ظاهر الوجه، لأن القاعدة تقتضي أن لا يكون فرق بين تقصير المشتري وقصوره، كما لا فرق بين كونه مشترياً أو غير مشتر، فإن غير المشتري إذا سبب الهدم أو التعيب أو ما أشبه يكون أيضاً ضامناً، ويكون للشفيع أن يأخذ العين الموجودة ببعض الثمن حسب التقسيط.

ومما تقدم يعلم وجه النظر في قول الرياض، حيث قال: (إن الحكم بعدم الضمان على المشتري حيث توجه إنما هو إذا لم يتلف من الشقص شيء يقابل بشيء من الثمن، وإلاّ قيل ضمن بحصته من الثمن على الأشهر، قيل: لأن إيجاب دفع الثمن في مقابلة بعض المبيع ظلم، وفيه نظر، ولذا أطلق الحكم في العبارة هنا وفي المبسوط وغيرهما، ومع ذلك يدفعه إطلاق ما مر من الخبر) انتهى.

ومراده بإطلاق الخبر إطلاق المرسل[1]، كما هو واضح.

وفيه أولاً: إن الدليل ليس الظلم، بل القاعدة الكلية.

وثانياً: إن الخبر ليس مطلقاً، كما عرفت.

---

(١) الوسائل: ج١٧ ص٣٢٣ الباب ٩ ح١.

((لو غرس المشتري أو بنى))

(**مسألة ١٣**): قال في الشرائع: (لو غرس المشتري أو بنى فطالب الشفيع بحقه، فإن رضي المشترى بقلع غراسه أو بنائه فله ذلك).

وفي القواعد: (ولو بنى المشتري أو غرس بأن كان غائباً أو صغيراً أو طلب من الحاكم القسمة فللمشتري قلع غرسه وبنائه).

وقيده في المسالك بقوله: (إذا غرس المشتري أو بنى في الشقص المشفوع، ويتصور ذلك على وجه لا يكون ظالماً به، بأن قسمه من حق الشريك الذي هو الشفيع مع بقاء الشفعة، إما بأن لم يعلمه بالشراء وإنما أظهر كونه وكيلاً عن البائع في القسمة، أو يكون المتولي هو البائع بالوكالة عن المشتري من غير أن يعلم الشفيع بالبيع، أو لإخباره أن البيع بثمن فعفا ثم ظهر أنه أنقص، أو بأن الملك انتقل بغير البيع ثم ظهر به، أو يقاسمه وكيل الشفيع فيما يدخل فيه ذلك من غير أن يعلم أو مع العلم، وظن أن الحظ في ترك الأخذ فظهر أن الحظ في الأخذ، أو بأن يكون الشفيع غائباً وطلب المشتري من الحاكم القسمة، أو نحو ذلك، فيبني ويغرس ثم يعلم الشفيع أو يحضر فيأخذ بالشفعة، فللمشتري حينئذ قلع غرسه وبنائه لأنه ملكه).

وتبعه في الجواهر فقيّد كلام الشرائع المتقدم بقوله: (على وجه لا يكون ظالماً في ذلك، بأن قسمه مع الشفيع غير مخبر له بالشراء، بل بإظهار الوكالة عن البائع فيها أو بغير ذلك).

والظاهر أنه لا وجه لهذا القيد، إذ لا يكون الإنسان ظالماً فيما إذا تصرف في ملكه، وإن كان الملك معرضاً للزوال، فإن للشفيع الحق في أن يملك لا الحق في الملك، ومن الواضح الفرق بينهما، فأي ظلم من المشتري فيما إذا تصرف في ملكه.

وكيف كان، فمراد الجواهر وغيره من (فطالب الشفيع بحقه) أنه أخذ بالشفعة، وإلاّ فمجرد المطالبة بدون الأخذ بالشفعة لا ينفع في الانتقال إلى الشفيع.

وعلى أي حال، فإن رضي المشتري بقلع غراسه أو بنائه فله ذلك، وفي الجواهر تبعاً لمفتاح الكرامة: (بلا خلاف أجده فيه)، ثم قال الجواهر: (من غير حاجة إلى استيذان الشفيع، وإن صارت الأرض ملكاً له، إذ هو ملكه وله إزالته عن المكان المزبور، بل هو كتفريغ المبيع للمشتري) انتهى.

لكن فيه نظر، إذ قوله: (هو ملكه) وإن كان تاماً إلاّ أن الملكين إذا اختلطا لا يكون لأحدهما التصرف في ملك الآخر بغير إجازته فقوله: (إذ هو ملكه) إلخ غير ظاهر الوجه، وكذا الحال في المقيس عليه، فإنه إذا باع الدار وسلمها للمشتري فإنه لا يحق له دخولها ولو لأجل أخذ أثاثه منها، بل يكون حال المقام حال ما إذا هبت الريح فألقت نواة إنسان في دار إنسان آخر أو بستانه فنبتت، فإنه لا يحق له أن يدخل ملك غيره بحجة أن الشجرة ملكه وهو يريد قلعها، وكذلك إذا ألقى ثوبه أو متاعه في دار الغير أو أرضه أو بستانه أو ما أشبه فإنه لا يحق له ذلك إلاّ بإجازة المالك.

((هل يجب إصلاح الأرض))

ثم إن الشرائع قال: (ولا يجب إصلاح الأرض)، أي لا يجب على مالك البناء والشجر وهو المشتري أن يصلح الأرض بأن يطم الحفر مثلاً ونحو ذلك.

وقد قال بذلك في القواعد أيضاً، قال: (وليس عليه طم الحفر، ويحتمل وجوبه لأنه نقص دخل على ملك الشفيع بتلخيص ملكه، أما نقص الأرض الحاصل بالغراس والبناء فإنه غير مضمون لأنه لم يصادف ملك الشفيع) انتهى كلام القواعد.

وفي مفتاح الكرامة عند قوله: وليس عليه طم الحفر، قال: (كما في المبسوط

والشرائع والتحرير والإرشاد والتذكرة في أول كلامه).

ثم علله (بأنه لا يضمن العيب الذي فعله قبل الطلب، لأنه إنما تصرف في ملكه وما حدث فإنما حدث فيه مما لا يقابل بالثمن سهام الأرض من نصف وثلث وربع، وهكذا على أن في القلع مصلحة للشفيع، لأن فيه تفريغ الشقص لأجله) انتهى.

أما احتمال الوجوب الذي احتمله القواعد فهو محكي عن أبي علي، وقال في مفتاح الكرامة: (خيرة أبي علي قوي متين، إن لم يقم إجماع على خلافه، والظاهر عدمه وقد مال إليه أو قال به في مجمع البرهان، واستظهر أيضاً أنه يجب الأرش على المشتري لو حصل في الأرض نقص بالقلع، سواء طالبه الشفيع بالقلع أو كان الطالب له المشتري لما ذكر، ولأن الشفعة إنما شرعت لدفع الضرر عن الشفيع، وتجويز أمثال ذلك مناف، إذ له حينئذ أن يكثر من البناء والغرس بحيث يستلزم قلع ذلك أن تكثر الحفر ويعظم الضرر الذي لا يقدم عليه عاقل، ثم قال: نعم لا يبعد عدم ذلك مع جهله بالشفعة ثم أمر بالتأمل لأن وجدانه لا يغني من جوع نفسه، فكيف يغني من جوع غيره) انتهى.

والظاهر أن أمره بالتأمل في موضعه، إذ الجهل وعدم الجهل بالشفعة لا يسببان تغيير الحكم الذي هو لا ضرر الشفيع المستفاد من النص والفتوى، وعلى هذا فمقتضى القاعدة أن المشتري يخير بين البيع للشفيع بالقيمة، وبين الهدم والقلع والطم في مثل البئر، ورفع الآثار التي أوجبها الهدم والقلع والطم، وذلك لأن المستفاد من النص والفتوى أن الشارع لم يرد ضرر الشفيع بالشريك له، وإلا لم يقرر الشفعة، فإن شاء الطرفان اشتراء الحادث فهو وإلا أجبر على الإزالة.

أما جبر المشتري على أحد الأمرين فلأنهما طريق خلاص ملك الشفيع، فهما في عرض واحد، وأما إذا لم يرد الشفيع الاشتراء فلأنه لا وجه لجبره، وأما أن المشتري يجبر على الإزالة فلوجوب تلخيص ملك الغير.

لا يقال: إنه ضرر على المشتري.

لأنه يقال: إن دليل الشفعة الذي انصرف منه لزوم تسليم الملك إلى الشفيع بلا مانع أخص من دليل الضرر.

ومنه يعلم عدم وجه لجعل التعارض بين لا ضرر المشتري ولا ضرر الشفيع، ومنه يتبين وجه النظر في بعض كلام المختلف حيث قال في محكيه المختار: أن نقول لو اختار المشتري القلع كان له ذلك وعليه أرش ما نقص من الأرض بذلك وطم الحفر، لأنه يطلب تلخيص ملكه من ملك غيره، قوله: إنه تصرف في ملكه، قلنا: إنه ممنوع بل تصرف بالقلع في ملك الشفيع فكان عليه أرشه.

نعم تصرف بالغرس صادف ملكه، فلم يكن عليه غرم من أجرة وغيرها، ولو اختار الشفيع القلع فالأقرب عدم وجوب الأرش، لأن التفريط حصل من المشتري حيث غرس في أرض متزلزلة الملك، ولأنه غرس في حق غيره بغير إذنه، فأشبه ما لو بانت الأرض مستحقة، وقوله (صلى الله عليه وآله): «لا ضرر ولا ضرار»[1] مشترك بين الشفيع والمشتري فلا يختص به أحدهما) انتهى.

إذ قد عرفت أن «لا ضرر» ليس مشتركاً بين الشفيع والمشتري حكماً، وإن كان مشتركاً بينهما موضوعاً، فلا ضرر الشفيع مقدم على ضرر المشتري، فإذا قلع المشتري غرسه وبناءه وطم الحفر وإلاّ كان للشفيع مراجعة الحاكم

(١) الوسائل: ج١٧ ص٣١٩ الباب ٥ ح١.

لأجل القلع والطم.

كما أن منه ظهر وجه الإشكال في تفصيل جامع المقاصد والمسالك، فإنهما قالا بالتفصيل في وجوب الطم عليه بين كون القلع منه ابتداءً فيجب، لأن النقص قد حدث في ملك غيره بفعله لمصلحته من غير إذن من الغير فيجب إصلاحه، وبين كونه لطالب الشفيع فلا يجب، لأن طلبه القلع يتضمن الإذن في الحفر وليس هو كالغاصب لأنه غير عاد بفعله، بل حكاه أولهما أيضاً عن صريح التذكرة) انتهى.

إذ لا وجه للفرق المذكور، فإن الشفيع بطلبه القلع ونحوه إنما يريد تخليص ملكه، وليس إذناً في الهدم، كما أنه إذا طلب من مالك الدابة إخراج دابته ليس معنى ذلك أنه لا يحق له في طلب صاحب الدابة ببناء الحائط الذي أوجب إخراج الدابة لهدمه، وإذ قد عرفت أن مقتضى القاعدة أن المشتري ضامن، فلا فرق بين أن يدفع إليه الشفيع كل الثمن ويأخذ منه الأرش، أو أن يدفع إليه التفاوت بين الثمن وبين الأرش بإخراج الأرش من الثمن ثم إعطائه للمشتري.

ومنه يعلم أن قول الجواهر: (وعلى كل حال، فالأقوى الأول، وفاقاً لمن عرفت، بل في المسالك نسبته إلى صريح الشيخ والأكثر، للأصل السالم عن معارضة دليل معتد به يقضي ذلك)، إلى أن قال: (وأما نقص الأرض الحاصل بالغرس والبناء فغير مضمون عليه لما عرفت سابقاً في مسألة التعيب والانهدام) إلى أن قال: (إن الأرش الحاصل بالقلع لا مدخلية له في الأخذ بكل الثمن، بل هو غرامة حاصلة له الشفعة بفعله في ملك غيره الذي قد أخذ منه بكل الثمن فتأمل جيداً) انتهى، محل نظر.

والحاصل: إن المشتري مأخوذ بكل نقص، سواء حصل

بالغرس أو بالقلع، وإن كان غرسه في ملكه لما عرفت من أن الشارع أراد تسلم الشفيع لكل الشقص بقدر الثمن، كما هو المنصرف من إطلاق الأدلة، خرج منه صورة تغير الشقص بغير اختيار كالسيل ونحوه كما تقدم في النص.

أما ما عدا ذلك فإنه مضمون على الذي غير، سواء كان المشتري أو إنساناً آخر، جاهلاً كان أو عالماً، إلى غير ذلك من الشقوق.

((**نقص الأرض بالغرس والبناء**))

ومنه يعلم وجه النظر في قول القواعد: (أما نقص الأرض الحاصل بالغراس والبناء فإنه غير مضمون، لأنه لم يصادف ملك الشفيع، ويأخذ الشفيع بكل الثمن أو يترك)، وما أيده في جامع المقاصد والمسالك وهو قضية كلام المختلف كما في مفتاح الكرامة، وعن التحرير ليس عليه أرش النقص، وفي مفتاح الكرامة هو يحتمل أرش نقص الأرض بلا غراس ويحتمل بالقلع، وعلى كل حال فالفتوى بعدم أرش على المشتري لا للوضع ولا للقلع، أو بكون أحد الأرشين عليه دون الآخر، غير ظاهر من الأدلة، بل الظاهر خلافها.

قال في مفتاح الكرامة: (أما نقص الأرض الحاصل بالقلع فالشيخ في المبسوط على عدم ضمان الأرش، ونسبه في جامع المقاصد إليه وإلى جماعة، وفي المسالك إلى ظاهر الشرائع، وقال: وبه صرح الأكثر، و لم نجد مصرحاً به غير الشيخ في المبسوط بعد فضل التتبع. نعم قد يظهر ذلك من إطلاق قولهم: إن الشفيع يملك إجبار المشتري على القلع بعد بذل الأرش حيث لم يتعرضوا لأرش نقص الأرض بالقلع، فتأمل) إلى آخر كلامه.

((**لو أعرض المشتري عن زرعه وبنائه**))

ثم إن المشتري لو ترك الزرع والبناء لأنه أعرض عنهما، فإن أرادهما الشفيع

فهو، وإلاّ حق للشفيع أن يجبره على القلع، إذ لا يحق لإنسان أن يترك ماله في ملك إنسان آخر وإن أعرض عنه، بل الظاهر أنه ليس للمشتري ذلك، وإن جعل شجره وبناءه مباحاً لمن أراد قبل أخذ الشفيع، إذ لا دليل على أن الإعراض عن الملك في مثل المقام يرفع أثر الملك من جهة وجوب إفراغ ملك الغير منه.

((تمام الثمن أو الأرش أو ترك الشفعة))

ثم إن الشرائع قال: (وللشفيع أن يأخذ بكل الثمن أو يدع).

وقال في المسالك في شرحه: (إنه إن لم ينقص فلا بحث، وإلاّ ففي أخذ الشفيع لها بكل الثمن أو بما بعد الأرش وجهان، أشهرهما وهو الذي يقتضيه إطلاق المنصف الأول، لأن هذا النقص ليس له قسط من الثمن فلا يضمنه المشتري كالنقص بالاستهدام، ولأنه تصرف في ملك نفسه فلا يتعقبه الضمان، وقيل: يجب الأرش خصوصاً إذا كان بعد المطالبة لما ذكر سابقاً، هذا إذا كان النقص بالغرس، أما لو كان بالقلع فظاهر إطلاق العبارة يقتضي أنه كذلك، بأنه يأخذ بكل الثمن الشامل لحالة النقص بالغرس والقلع، وعدمه وهو الذي صرح به الشيخ والأكثر، معللين بأنه تصرف في ملك نفسه، واختار في المختلف وجوب الأرش إن كان ذلك باختيار المشتري، لأن النقص حدث على ملك الغير بفعله لتخلص ملكه فيضمنه، ويمنع من كونه تصرفاً في ملكه أو صادف ملكه، وإنما صادف ملك الشفيع، إذ الفرق أنه بعد الأخذ بالشفعة، فلو امتنع المشتري من الإزالة تخير الشفيع بين ثلاثة أشياء) انتهى.

أقول: أما فرعه الأول بأن لم تنقص الأرض فلا إشكال.

وأما فرعه الثاني ففيه ما ذكره الجواهر (بأن الأرش الحاصل بالقلع لا مدخلية له في الأخذ بكل الثمن، بل هو غرامة حاصلة له بعد الشفعة بفعله

في ملك غيره الذي قد أخذ منه بكل الثمن) انتهى، ولا خصوصية لأن يكون بعد المطالبة أو قبلها، إذ أن المشتري تصرف تصرفاً يتعقبه الضمان، لما دل على أنه بكل الثمن المنصرف إلى أن يكون كل المبيع لا المبيع الناقص.

وأما مسألة الاستهدام بقدرة غير إنسانية فهي مسألة أخرى، ولو لم يكن دليل خاص في تلك المسألة لقلنا بأن المشتري أيضاً ضامن.

والحاصل: إن كل الثمن منصرف إلى كل المبيع لا إلى بعض المبيع أو المبيع الناقص، فإذا كان النقص بفعل المشتري أو بفعل آدمي مثلاً كان بقدر ذلك النقص يخرج من الثمن.

أما إذا كان بفعل سماوي فلا، بالدليل الخاص المتقدم المؤيد بالإجماع وغيره، نعم لا يبعد صحة استنباط المسالك إطلاق الشرائع، حيث إن كلام الشرائع إنما هو قوله السابق: ولا يجب إصلاح الأرض.

ومنه يعلم حال الفرع الثالث، وهو ما إذا كان النقص بالقلع، وأن مقتضى القاعدة هو ما ذكره المسالك من أنه ضامن، لما تقدم من أنه يمنع من كونه تصرفاً في ملكه أو صادف ملكه، وإنما صادف ملك الشفيع، بل الحال كذلك بالنسبة إلى ما قبل مصادفته ملك الشفيع بأن فعله في حال كونه ملكاً للمشتري تاماً قبل أخذ الشفيع، فلا فرق بين المسألة الثانية والمسألة الثالثة من هذه الجهة.

والحاصل: إن المشتري ضامن لكل نقص حدث بسببه من قلع أو وضع أو غرس أو غير ذلك، وأدلة (بالثمن) لا تنافي مثل هذا الضمان على المشتري، فهما أمران، وذلك مقتضى الجمع بين الحقين.

ومنه يعلم حال ما إذا كان الشقص أرضاً واسعة فسلط المشتري على نصفها البحر مثلاً، فإنه يأخذ بقية الأرض بنصف الثمن إذا لم يكن لإجماع النصفين مدخل في زيادة القيمة، وإلاّ يأخذ بالنسبة، مثلاً النصفان مجتمعاً لهما قيمة مائة، أما النصف فقط فله قيمة ثلاثين، فإنه يأخذ الشفيع نصف الأرض بثلاثين.

بل وكذلك الحال فيما إذا سلط البحر بدون مدخلية المشتري، فإنه أيضاً يأخذها بثلاثين، لأنه مقتضى القاعدة، وما تقدم من الرواية في الاستهدام[1] يبعد شموله لمثل ذلك، لأن الرواية فيما إذا سلمت الأرض، وهذا الموضع فيما إذا لم تسلم الأرض، فعدم المناط القطعي في المسألة يوجب الرجوع فيها إلى القاعدة الأولية.

((المشتري وإزالة المانع))

والظاهر أن على المشتري إزالة المانع لو أحدث مانعاً، مثلاً هذه الدار كانت مجاورة دار للمشتري، والمشتري وضع في داره بعد اشتراء حصة الشريك رحى مما يسبب إزعاج حيطان حصة الشفيع بعد أخذه بالشفعة، فإن عليه أن يرفع ذلك، إذ اللازم تسليم الحصة إلى الشفيع كاملة غير منقوصة وغير معيبة، بل لو باع المشتري داره الموضوع فيها الرحى لإنسان آخر، فللشفيع أن يأمر ذلك الإنسان برفع الرحى مثلاً، وحينئذ فللمشتري من المشتري أن يرجع إليه بالفسخ أو بأخذ التفاوت.

((الشفيع مخير بين ثلاثة بل أكثر))

ثم إن الشرائع قال: (وإن امتنع المشتري من الإزالة كان الشفيع مخيّراً بين إزالته ودفع الأرش، وبين بذل قيمة الغراس والبناء ويكون له مع رضى المشتري، وبين النزول عن الشفعة). وفي الجواهر: (كما صرح به غير واحد).

وفي المسالك: (فلو امتنع المشتري من الإزالة تخير الشفيع بين ثلاثة أشياء:

---

(١) الوسائل: ج١٧ ص٣٢٣ الباب ٩ ح١.

أحدها: القلع، لأن له تخليص ملكه عن ملك غيره، وهل يلزمه نقص أرش البناء والغرس بالقلع، قولان أشهرهما اللزوم، لأن النقص على ملك المشتري بفعله لمصلحته فيجب أن يكون مضموناً عليه، وإن عرف المشتري غير ظالم، ووجه العدم أن التسليط حصل بفعل المشتري لأنه غرس في أرض مستحقة للغير، ففيه إنه وإن كان مستحقاً للآخذ إلاّ أنه لم يخرج عن ملك المتصرف بذلك، وليس هو بأبعد من غرس المستعير، وهو في كل آن يجوز رجوع المعير.

وثانيها: بذل قيمة البناء والغرس، سواء رضي المشتري بذلك أم لا، لأن فيه جمعاً بين الحقين دفعاً للضرر اللازم لكل منهما بالقلع، وقيل: لا يجوز ذلك إلاّ برضى المشتري لأنها معاوضة فيتوقف على رضى المتعاوضين، وإلّا كان أكل مال بالباطل منهياً عنه في الآية[1] والرواية[2] وهذا أقوى.

وثالثها: نزول الشفيع عن الشفعة وهو واضح) انتهى.

أقول: هناك أكثر من الاحتمالات الثلاثة المذكورة، مثل أن يبقى شريكاً للمشتري أو يكون مستأجراً عنه أو ما أشبه.

ومثل هذا حال الزيادة المتصلة كعظم الأشجار ونحوها، كما سيأتي الكلام فيها إن شاء الله تعالى.

هذا وفي قواعد العلامة: (إنه لو امتنع المشتري من الإزالة تخير الشفيع بين قلعه مع دفع الأرش على إشكال، وبين بذل قيمة البناء والغرس إن رضي المشتري، ومع عدمه نظر، وبين النزول عن الشفعة) انتهى.

---

(١) سورة النساء: الآية ٢٩.

(٢) تفسير البرهان: ج١ ص٣٦٣.

فيقع الكلام في الموارد الثلاثة:

((١: القلع مع الأرش))

أما الأول: وهو القلع مع الأرش، فالظاهر أنه مقتضى القاعدة، فحاله حال ما إذا زاد بالنماء المتصل كعظم الأشجار، فإنه إن زاد كان شريكاً، لكن يقدم «لا ضرر» الشريك على «لا ضرر» المشتري، وضرره عبارة عن أنه غير متسلط على ملكه بالإبقاء لنفسه.

أما أن يتضرر المشتري بأن الشفيع يقلعه بدون أرش فلا، فالجمع بين الحقين يقتضي أن الشفيع يملك قلعه بأرش، فإن قول الشارع خذه بالثمن المعلل بأن لا يتضرر الشفيع مقدم على تضرر المشتري بعدم تسلطه على ملكه بالإبقاء.

أمّا وجه إشكال القواعد في قلع الأرش، ففي مفتاح الكرامة: (قال في الإيضاح: الإشكال هنا في موضعين:

الأول: في القلع، وينشأ من أن حق الشفيع أسبق من بنائه فصار كالاستحقاق بالغصب، ومن أن المشتري تام الملك قبل أخذ الشقص، ولهذا ملك النماء، ومن بنى في ملكه لم يتعد كالذي لا شفعة عليه، وجواز انتزاعه من يده ليس موجباً لتعديه بنقض بنائه، وإلاّ لثبت في الموهوب إذا غرس أو بنى فرجع الواهب، فمراده أنه يبقيهما إجماعاً على القول بالجواز، ولأن الشفعة موضوعة لإزالة الضرر فلا يزال بالضرر) انتهى.

وحاصله: إن الشفيع لا يملك قلعه، وهو الذي حكاه الشهيد عن الشيخ، وقال: إنه يجاب إلى التملك بالقيمة.

(الثاني: في وجوب الأرش مع القلع، وينشأ من أنه نقص دخل على ملك المشتري لمصلحة الشفيع، وإلى هذا ذهب الشيخ في المبسوط، ومن أن

التفريط حصل من المشتري، حيث غرس في أرض متزلزلة الملك، واختاره في المختلف) انتهى.

أقول: حيث إن مقتضى أن للشفيع الملك بالثمن أنه يسلم إليه فارغاً أن للشفيع الحق في القلع، لكن حيث إنه ضرر على المشتري يجب أن يتدارك بالأرش، لما تقدم من أنه جمع بين الحقين، فالقول بأنه لا حق له في القلع محل نظر، وليس الاختيار بيد المشتري وإنما بيد الشفيع الذي هو ملكه بحكم الشارع بالثمن.

ولذا قال في الجواهر: (إن الإشكال الأول الذي ذكره الإيضاح واضح الفساد، ضرورة عدم تصور وجوب إبقاء ملك الشفيع مشغولاً بملك المشتري على الدوام بعد انقطاع حقه من الأرض، إلاّ أن يتخيّل وجوب قبول الأجرة على الشفيع، أو بذل القيمة إن لم يرض، ولكنها معاً كما ترى) انتهى.

ووجه كونه كما ترى ما عرفت من أن للشفيع أن يتسلم ملكه فارغاً، فليس عليه أن يقبل الملك مشغولاً ويعطي الأجرة للمشتري، أو أن يشتري ملك المشتري جبراً عليه.

ومنه يعلم وجه إشكال الاحتمالين الأخيرين الذين ذكرناهما أيضاً بأن يبقى الشفيع شريكاً للمشتري، أو يكون مستأجراً عنه أو ما أشبه من المصالحة ونحوها، فإن كل ذلك خلاف ظاهر أنه للشفيع بالثمن، وأنه يعطى له فارغاً.

وظاهر المحقق الثاني أن قول العلامة على إشكال مرتبط بدفع الأرش لا بتخير الشفيع بين القلع وغيره، ولا يبعد أن يكون ما استظهره جامع المقاصد هو مقتضى القواعد، حيث إن القيد يرجع إلى الأخير قطعاً، وأما رجوعه إلى ما عدا الأخير فهو بحاجة إلى القرينة، قال في

جامع المقاصد: (إنه لا إشكال في القلع)، وهو بعد أن حكى عن الإيضاح الاستشكال فيه قال: (الظاهر أنه وهم، إذ لا يتصور وجوب إبقاء شغل ملك الشفيع بملك المشتري على الدوام بعد انقطاع حقه من الشقص، إلاّ أن يتخيل وجوب قبول الأجرة على الشفيع، أو وجوب دفع القيمة عليه وإن لم يرض، وبطلان هذا أظهر من أن يحتاج إلى بيان) انتهى.

ومن ذلك يظهر وجه النظر في قول مفتاح الكرامة، حيث قال: (أما ثبوت حق القلع للشفيع فظاهر، إذ لولاه لزم ضرر عظيم، هذا يدفع الثمن وذاك يستحق المنفعة على الدوام، بل هو أعظم من نفي الشفعة بالكلية، لكن لا مانع من وجوب قبول الأجرة، كما في المتهب إذا غرس وبنى ورجع الواهب، ولعل نظره في الإيضاح في الإبقاء بالأجرة إلى ما في الخلاف والمبسوط والغنية والسرائر والتذكرة، من أنه له إجباره بعد القلع إذا رد عليه ما نقص، لأنه حينئذ لا خلاف في أنه له مطالبته بالقلع، وإن لم يرد لم يكن له ذلك كما في المبسوط والتذكرة، وليس على وجوب القلع حينئذ دليل)، إلى أن قال: (وفي إلزامهما على الإبقاء بالأجرة حيث يحصل الامتناع من الأمور الثلاثة جمع بين الحقين، وفي قول المصنف فيما سيأتي أو يقوم الغرس مستحقاً بالترك بأجرة يرشد إلى ذلك، بل نقول إنه يقدم على بعض الثلاثة، كما يأتي في الزرع فليتأمل) انتهى.

إذ فيه ما تقدم من أن الظاهر من الأدلة والفتاوى إلاّ ما شذ، أنه يجب على المشتري أن يسلم الملك إلى الشفيع فارغاً، ولكنه حيث بنى وغرس كان له الأرش، لأنه بنى وغرس في ملك نفسه، فللشفيع أن يفرغ ملكه من ملك المشتري ويعطيه الأرش، وكون الأجرة مقدمة على ذلك خلاف ظاهر الأدلة

بل الفتاوى أيضاً، وإن كانت الأجرة صحيحة إذا تراضيا على ذلك، كما تقدم منا في الاحتمالين، سيأتي بعض تفصيل الكلام في ذلك إن شاء الله تعالى.

ولذا قال في الجواهر: (وجوب الإبقاء بالأجرة مما لا يحتمله أحد في المقام، ولعله لما ستعرفه من كون صاحب الأرض كالمغصوب بعد امتناع المشتري من الإزالة فلا يجبر مع كونه مظلوماً ومغصوباً لأنه يرض بالإبقاء الذي هو غير الابتداء على القبول بالأجرة، كما هو واضح) انتهى.

وكونه كالمغصوب هو مقتضى القاعدة على ما ذكروه الجواهر، لما عرفت من أن ظاهر الدليل (بأن له بالثمن) أن له يتسلمه فارغاً من كل شيء، وإنما نقول بالأرش لما تقدّم، ولولا كونه جمعاً بين الحقين لم نقل به أيضاً.

أما إشكال العلامة في الأرش، وهو الاحتمال الثاني في كلام الإيضاح، فقد أشكل عليه الجواهر حيث قال: (نعم ما ذكره من الإشكال الثاني في محله، وإن كان وجوب الأرش هو الذي صرح به الشيخ وابنا زهرة وإدريس والفاضل في جملة من كتبه، والشهيدان والكركي على ما حكي عن بعضهم، لكن الإنصاف قوة ما في المختلف من عدم وجوب الأرش، بل مال إليه في محكي التذكرة لوجوب الإزالة عليه بعد طلبها من الشفيع، والضرر هو الذي أدخله على نفسه بفعله في الأرض المستحقة الانتزاع منه، بل الظاهر كونه ظالماً بإبقائه البناء والغرس في أرض الغير وامتناعه من القلع، وكون الابتداء بحق لا يقتضي كون الاستدامة بذلك، إذ لم يحصل من المالك ما يقتضي الإذن فيها، كما في العارية التي تقدم الكلام فيها في محله، وحينئذ فيندرج في قوله (عليه السلام): «لا حق لعرق

ظالم»[1]، ولذا كان له جبره على القلع، ضرورة كونه المتصرف في مال الغير دون صاحب الأرض، على أنه لو كان المالك مستحقاً لأرشه لاتجه وجوبه له حتى لو قلعه هو مع طلب الشفيع، إذ مع فرض استحقاقه له لا تفاوت فيه بين الامتناع وعدمه، بل لعل الثاني أولى) انتهى.

وفيه: إن عدم استحقاق المشتري بالبقاء من جهة لا ضرر الشفيع لا ينافي استحقاقه الأرش من جهة لا ضرره، كما أن عدم استحقاق بقاء ملك المشتري لا ينافي استحقاق المشتري قيمة الشقص.

وقول الجواهر (على أنه) إلى آخره، فيه: إنا نقول بذلك، فهو مثل ما لو قال: ألق متاعك في البحر وعلي بدله، فلا فرق في استحقاقه الأرش بين أن يقلعه هو بأمر المالك، أو يلقعه المالك أي الشفيع، وعدم حقه بالنسبة إلى الإبقاء لا ينافي أن يكون له الحق بالنسبة إلى الأرش، حيث يقتضي الدليل ذلك على ما تقدم، فالواجب لا ينافي الضمان، كما أنه يجب على صاحب الطعام أن يعطي في زمان المخمصة للجائع الذي يموت إذا لم يأكل الطعام، ومع ذلك فالآكل ضامن للقيمة، لأنه مقتضى الجمع بين الحقين.

وقوله: (لوجب الإزالة عليه بعد طلبها من الشفيع) لا يدل على عدم الضمان للأرش.

أما قوله: (الضرر هو الذي أدخله على نفسه) إلخ، ففيه ما ذكرناه في كتاب الغصب من أن المقدم على شيء ليس معناه أنه مقدم على الضرر، فدليل «لا ضرر» محكم.

أما مفتاح الكرامة حيث يظهر منه عدم الأرش فهو أبعد، حيث قال: (وخيرة المختلف أشبه بأصول المذهب، لأن المشتري قد أقدم على الغرس والبناء وأخفى ذلك عن الشفيع مع أنه باستحقاقه فقد أقدم على إضرار نفسه وما

(١) الوسائل: ج١٧ ص٣١١ الباب ٣ من الغصب ح١.

ضره أحد، ولا وجه للتنظير بالمستعير، كما صنع جماعة، فإنه ما بنى ولا غرس إلاّ بإذن المعير) انتهى.

فإن دليله أخص من مدعاه، إذ مدعاه نفي الأرش مطلقاً، ودليله فيما إذا عرف المشتري وأخفى عن الشفيع مع علمه باستحقاقه، مع وضوح أن المدعى ليس منحصراً بهذه الصورة.

والحاصل: إن الملك ملك المشتري حتى في صورة علمه بأن الشفيع يأخذه وأن له الشفعة، وقد عمل في ملكه ما يحق له، فما ذا الذي يرفع احترام ماله، ولولا ظهور الدليل في كونه يسلمه إلى الشفيع فارغاً، وأن للشفيع الحق في تسلمه كذلك، لم يكن وجه للقلع أيضاً، لكن لما دل الدليل على ذلك لزم القول بالأرش جمعاً بين الحقين.

ثم إن الجواهر ذكر تأييداً لعدم الأرش قوله: (إن الأرش الذي يجب دفعه على الشفيع إن كان هو تفاوت ما بين كونه مقلوعاً وباقياً ففيه ما عرفت من أنه غير مستحق للبقاء عليه، فلا وجه لدفع عوض عما لا يستحقه، وإن كان المراد به النقص الذي قد يحصل عليه بنفس القلع لا من حيث بقائه، ففيه: إنه بعد أن كان مستحقاً عليه على وجه لو باشره لم يتبع به الشفيع لا معنى لاتباعه به بعد الامتناع، خصوصاً إذا كان ذلك بمباشرة الحاكم، على أن الأرش المزبور قد لا يحصل، كما إذا فرض عدم تفاوتها حال قلعها وحال قيامها لأنها قلعت على وجه لم يحصل فيها عيب، وظاهرهم لزوم الأرش للقلع، وإن اريد به تفاوت ما بين كونها مقلوعة فعلاً ومستحقة القلع واقفة، ففيه: إن ذلك متصور في قلع غير المستحق لاحتمال عفو المستحق مثلاً، فتزيد قيمتها بذلك حينئذ، أما مع قلع المستحق الذي تفوت معه جميع احتمالات البقاء الحاصلة من احتمال رضاه،

فلا وجه لفرض التفاوت فيه، نعم لو فرض أن للمالك الإبقاء بأجرة قهراً على الشفيع اتجه حينئذ الأرش المزبور، والمفروض عدم ذكر أحد له وجهاً، فضلاً عن القول به) انتهى.

وفيه: بالإضافة إلى وجود مواضع للنظر في كلامه، والتي منها: إنه إذا فرض عدم تفاوتها حال قلعها وحال قيامها فلا كلام في الأرش، ولم يدع ذلك أحد، لأنه لم يتضرر المشتري حتى يكون جمعاً بين الحقين، ومنها: إنه ذكر أن الإبقاء بأجرة لم يذكره أحد وجهاً، فضلاً عن القول به، مع أنه ذكره في مفتاح الكرامة قال: (نظر الإيضاح في الوجه الثاني من وجهي الإشكال الأول إلى ماحكاه قولاً في التذكرة من أن عليه أن يبقيه في الأرض بأجرة، ومعناه أنه لا يجوز له إجباره على القلع بأرش ولا بدونه) انتهى.

إن مرادهم بالأرش ما هو واضح من التفاوت المستفاد من الجمع بين الحقين، فإنه إن لم يرد الشفيع النزول عن شفعته، ولم يرد أن يبقى مع المشتري شريكاً يقول: أعطيك قيمة بنائك وشجرك أو أقلعها أو تقلعها أنت مع الأرش، فإذا كانت الأرض بغير البناء والشجر مائة، ومعهما مائتين وخمسين، كان للمشتري مائة وخمسون يخرج منه الذي يحصله من قيمة الأنقاض والمقلوعات ويعطيه الشفيع الباقي، فإذا كانت قيمة الأنقاض والأشجار المقلوعة خمسين أعطاه الشفيع المائة، وهكذا.

نعم إذا كان لانضمام الشجر إلى الأرض قيمة، كان اللازم تقسيم تلك القيمة التي حصلت من الانضمام بين صاحب الأرض وصاحب الشجر، لأنه مقتضى قاعدة العدل.

قال في المسالك: (وحيث يختار بذل القيمة، إما باتفاقهما أو مطلقاً، لم يقوم

مستحقاً للبقاء في الأرض مجاناً، ولا مقلوعاً مطلقاً، لأنه إنما ملك قلعه مع الأرش فيقوّم كذلك بأن يقوم قائماً غير مستحق للقلع إلاّ بعد بذل الأرش، أو باقياً في الأرض بأجرة إن رضي المالك فيدفع قيمته كذلك إلى المشتري، وإن اختار القلع فالأرش وهو ما نقص من قيمته كذلك بعد قلعه، وقيل في طريق القيمة أن يقوم الأرض وفيه الغرس، ثم تقوم خالية، فالتفاوت قيمة الغرس فيدفعه الشفيع أو يدفع ما نقص منه إن اختار القلع، ويشكل بأنه قد يكون لضميمة كل من الغرس والأرض إلى الآخر باعتبار الهيئة الاجتماعية دخل في زيادة القيمة، وذلك بتمامه لا يستحقه المشتري، وكيف يكون ما عدا قيمة الأرض خالية عن مجموع القيمتين حقاً للمشتري، فالوجه هو الأول) انتهى.

وكيف كان، فالمهم أن يحصل المشتري على قيمة أشجاره وبنائه بانضمام الأرش والأنقاض والمقلوعات، وإذا كانت هنالك قيمة للهيئة الاجتماعية كان له بعضها لقاعدة العدل، أما أن يحصل هو على كل القيمة للهيئة الاجتماعية، أو تكون القيمة للهيئة الاجتماعية للشفيع فكلاهما خلاف القاعدة.

ثم إنهما لو اختلفا فيمن يقلع فالمحكم الحاكم، إذ لا أولوية لأحدهما على الآخر، فإذا بادر أحدهما وقلع عصى، لكن ليس عليه شيء بسبب ذلك، ثم لو رضيا كلاهما بأحد الأمور الخمسة فهو، وإلا بأن قال الشفيع: أقلعة ولك الأرش، وقال المشتري: بل اشتره أنت ولي الثمن، أو قال الشفيع: اشتريه، وقال المشتري: بل أقلعه ولي الأرش مثلاً، قدم القلع، لأن العين للمشتري فلا حق في جبره للتنازل عن عينه.

لا يقال: ولا حق في جبر الشفيع بإعطاء الأرش.

لأنه يقال: الشفيع إذا لم يرد التسالم ببقاء البناء ونحوه كان مجبوراً بدفع

الثمن أو الأرش، لكن الأول بحاجة إلى رضى المشتري بخلاف الثاني، فيقدم اختيار المشتري على اختيار الشفيع.

هذا تمام الكلام في الشق الأول من الشقوق الثلاثة التي ذكرها الشرائع من الإزالة ودفع الأرش.

((٢: بذل قيمة الغراس والبناء))

وأما الشق الثاني، وهو بذل قيمة الغراس والبناء، ويكون له مع رضى المشتري ذلك، فقد عرفت أن العلامة تنظر فيه في القواعد.

وفي مفتاح الكرامة عند قوله: (ومع عدم رضى المشتري فيه نظر): (يريد أنه مع عدم رضى المشتري بالقيمة فهل يملك أخذه بالقيمة ويجب على المشتري قبولها، فيه نظر، ينشأ من أنها معاوضة فتفتقر إلى رضى المتعاوضين، ومن أن ذلك أقرب إلى مصلحة كل منهما، لأن فيه جمعاً بين الحقين، ودفعاً للضرر العظيم اللازم لكل منهما بقلع البناء والغرس، والأول أصلح كما في الإيضاح، وأقوى كما في جامع المقاصد والمسالك، وهو قضية كلام الشرائع والتذكرة والتحرير، حيث لم يذكروا إلاّ بذل القيمة مع الرضى، وكأنه مال إليه أو قال به في الدروس حيث قال: إن قول الشيخ مشكل، وقد نسب الثاني في الإيضاح إلى جمهور أصحابنا، وفي جامع المقاصد إلى أكثرهم، ولم نجد لذلك ذكراً في غير ما ذكر إلاّ في المبسوط، وقد يظهر ذلك من أبي علي) انتهى.

وفي الجواهر: (بل هو مناف لأصول المذهب وقواعده، بل يمكن إرادة الشيخ أن ذلك مع الرضا) انتهى.

والظاهر أن الأمر كما ذكره من عرفت من اشتراط الرضا، حيث لا وجه لعدم الاشتراط.

لا يقال: القلع والاشتراء كلاهما على خلاف المشتري، فلماذا يقدم القلع على الاشتراء.

لأنه يقال: القلع مقتضى الأدلة، حيث إن الشارع يلزمه إفراغ ملك الشفيع عن ملكه، وليس كذلك المعاملة لأنها متوقفة على رضى الطرفين.

قال سبحانه: ﴿إلاّ أن تكون تجارةً عن تراض منكم﴾[1]، إلى غيرها من الأدلة الدالة على أنه لا يمكن المعاملة إلاّ برضى الطرفين، إلاّ فيما إذا كان الحاكم مخولاً في جبر أحد الطرفين أو كليهما على المعاملة بدليل ثانوي، وليس في المقام من ذلك الدليل الثانوي عين ولا أثر.

((كيفية بذل القيمة))

وعلى كل حال، فحيث تبذل القيمة فإن اتفقا على شيء فهو، وإلا فإن قلنا بأن البدل قهري فاللازم أن يكون البذل كما ذكرناه في الأرش، من أنه يقوم المجموع ويعطي المشتري بقدر التفاوت بين قيمة الأرض وقيمة البناء والشجر، وإذا كان للهيئة الاجتماعية قيمة تقسم بينهما على قواعد العدل.

وبذلك يظهر وجوه النظر في احتمالات الجواهر، حيث قال:

(وعلى كل حال، فحيث تبذل القيمة باتفاقهما أو قهراً على المالك، فعلى المختار يقوّم غير مستحق للبقاء بأجرة، بل مستحق القلع بلا أرش، وتدفع إلى المالك، وعلى غيره ففي القواعد لم يقوّم مستحقاً للبقاء في الأرض ولا مقلوعاً، لأنه إنما يملك قلعه مع الأرش، بل إما أن يقوّم الأرض وفيها الغرس ثم تقوّم خالية، فالتفاوت قيمة الغرس فيدفعه الشفيع، أو ما نقص منه، أو يقوّم الغرس مستحقاً للترك بالأجرة أو لأخذه بالقيمة إذا امتنعا من قلعه.

ونحوه في الدروس ولكن قال: وهذا لا يتم إلاّ على قول الشيخ بأن الشفيع لا يملك قلعه، وأنه يجاب إلى القيمة لو طلب تملكه وهو مشكل، قلت: مضافاً إلى أنه لا يقهر على الثاني منهما أيضاً

---

(١) سورة النساء: الآية ٢٩.

فكل منهما غير مستحق إلاّ مع الرضا به، فلا وجه لملاحظته في التقويم، بل ينقدح من ذلك الإشكال في جعل الثاني من أحد وجوه التخيير، ضرورة عدم انحصار وجود التراضي فيه، بل قد يشكل الوجه الأول من وجهي التقويم أيضاً بأنه قد يكون لضميمة كل من الغرس والأرض إلى الآخر باعتبار الهيئة الاجتماعية دخل في زيادة القيمة، وذلك بتمامه لا يستحقه المشتري، فكيف يكون ما عدا قيمة الأرض خالية من مجموع القيمتين حقاً للمشتري، بل قد يشكل الثاني أيضاً بأنه لا يتم على القول بوجوب دفع الأرض مع القلع، لأنه لا يملك طلب الأجرة على الإبقاء، إذ القلع لا يسوغ إلاّ مع ضمان الأرش، فما دام لا يبدله فالإبقاء واجب عليه ولا أجرة له عليه) انتهى.

ومما ذكرنا يظهر وجه ما ذكره جملة من العلماء، من أن الوجه الأسلم في كيفية التقويم أن تقوّم الأرض وفيها الغرس، ثم يقوّم كل منهما منفرداً، فإن بقي من مجموع القيمتين بقية قسمت عليهما على نسبة كل من القيمتين، فإذا كانت قيمة المجموع مائة، والأرض أربعين، والغرس خمسين، تكون العشرة الزائدة باعتبار الاجتماع مقسومة على تسعة، للأرض أربعة أتساعها، وللغرس خمسة أتساعها.

أما إشكال مفتاح الكرامة على تقسيم قيمة الهيئة الاجتماعية بينهما (بأن الشفيع إنما يستحق الأرض فقط، والهيئة الاجتماعية كلها للمشتري، لأنها إنما حدثت في ملكه، ولأنه لا يضمنها لو قلع قطعاً، ولو كان للشفيع فيها نصيب لضمنها) غير ظاهر الوجه، إذ الهيئة الاجتماعية قائمة بالمالين لا بالمال الواحد، والمشتري إنما سبب بعض الهيئة الاجتماعية لا كل الهيئة الاجتماعية، فحال ذلك حال ما إذا صنع أحدهما مصراع باب أو حذاء وصنع الآخر المصراع

الآخر، فهل يقال: بأن الهيئة الاجتماعية كلها للثاني، حيث إنه ثاني الصانعين، وقوله: (لا يضمنها لو قلع قطعاً) محل نظر، فإن كلامهم في غير هذه الصورة بقرينة إطلاقهم بكون التفاوت للمشتري.

قال العلامة في القواعد: (فإن اتفقا على بذل القيمة أو أوجبنا قبولها على المشتري مع اختيار الشفيع، لم يقوّم مستحقاً للبقاء في الأرض ولا مقلوعاً، لأنه إنما يملك قلعه مع الأرش، بل إما أن تقوّم الأرض وفيها الغرس، ثم تقوّم خالية فالتفاوت قيمة الغرس فيدفعه، أو ما نقص منه إن اختار القلع، أو يقوّم الغرس مستحقاً للترك بأجرة، أو لأخذه بالقيمة إذا امتنعا من قلعه) انتهى.

فأنت ترى أن العلامة ذكر أن التفاوت للمشتري، ومن الواضح أن ذلك إنما هو فيما إذا لم يكن للهيئة الاجتماعية مدخلية في ارتفاع القيمتين، حيث يتعارف أن الهيئة الاجتماعية لا مدخلية لها في الارتفاع، وقد ذكر في نفس مفتاح الكرامة أن ذلك الذي ذكره العلامة في القواعد صريح التحرير والدروس.

أما إشكال جامع المقاصد والمسالك على القواعد، بأنه قد يكون بضميمة كل من الغرس والأرض إلى الآخر باعتبار الهيئة الاجتماعية دخل في زيادة القيمة، وذلك بتمامه لا يستحق المشتري، فكيف يكون ما عدا قيمة الأرض خالية حقاً للمشتري، فهو تفريع فرع نادر للتنبيه على استثناء هذه الصورة مما ذكره العلامة في القواعد وذكره غيره أيضاً، كما تقدم.

والحاصل: إن حال القلع وحال أخذ المشتري القيمة واحد من هذه الجهة، فإن الغالب عدم القيمة للهيئة الاجتماعية، وغير الغالب مما يكون فيه قيمة اجتماعية يلزم تقسيمها عليهما بالنسبة، كما تقدم في المثال، وقد ذكرنا في كتاب الغصب أن اللص إذا سرق أحد البابين أو أتلفه متلف كان عليه المجموع مخرجاً

منها قيمة المصراع الباقي، وكذلك حال الحذاء، لأنه قد أتلف الهيئة الاجتماعية والمصراع وكلاهما للمسروق منه وللمتلف عليه.

((القلع وزيادة القيمة أو نقصانها))

ثم إن القلع قد يسبب زيادة قيمة الشجر، وقد يسبب نقصان قيمتها، وقد لا يسبب شيئاً منهما، فإذا سبب النقصان فالأرش على مالك الأرض وهو الشفيع، وإن لم يسبب شيئاً فهو يقلع شجره بدون الأرش، أما إذا سبب القلع زيادة القيمة فهو لمالك الشجر، إذ لا مدخلية لمالك الأرض في الزيادة المذكورة.

ومنه يعلم الأحوال الثلاثة للأرض، حيث زادت قيمتها بالقلع، أو نقصت، أو بقيت كما كانت، وقد ذكرنا طرفاً من الكلام في هذه الموارد الثلاثة في كتاب الغصب.

أما إذا لم يكن للبناء مهدوماً أو الشجر مقلوعاً أية قيمة، فالظاهر أن الشفيع مكلف بإعطاء القيمة للملاك الذي ذكر في الأرش من أنه جمع بين الحقين، ويرى ذلك في البنايات القديمة التي لها ما دامت قائمة قيمة أما مهدومة فلا قيمة لها.

ومما تقدم يظهر حال عكسه، بأن كان البناء قائماً لا قيمة له، أما مهدوماً فله القيمة، فإن القيمة تكون للمشتري، ولا يكون على مالك الأرض شيء.

((لو اختلفا في وقت القلع))

ثم إن الجواهر قال: (لو اختلف الوقت فاختار الشفيع قلعه في وقت أسبق تقصر قيمته عن قلعه في وقت آخر يخف الأرش عليه فله ذلك، إذ لا يجب عليه الإبقاء إلى أن يجيء الزمان الذي تكثر فيه قيمته كما هو واضح. ولو غرس المشتري أو بنى مع الشفيع أو وكيله في المشاع على وجه يكون الغرس والبناء بالإذن المعتبر، بأن كان الشفيع لا يعتقد الشفعة له أو يتوهم

كثرة الثمن، ثم تبين له الخلاف فأخذ الشفيع بالشفعة، فالحكم كما إذا غرس أو بنى بعد القسمة) انتهى.

قال في مفتاح الكرامة: إن بذل الشفيع القيمة بدون رضى المشتري نسبه الإيضاح إلى جمهور أصحابنا، وجامع المقاصد إلى أكثرهم، ولم نجد لذلك ذكراً في غير ما ذكر إلاّ في المبسوط، وقد يظهر ذلك من أبي علي.

قال في المبسوط: قلنا للشفيع: أنت بالخيار بين ثلاثة أشياء، بين أن تدع الشفعة، أو تأخذ وتعطيه قيمة الغرس والبناء، أو تجبره على القلع وعليك قيمة ما نقص، وهو بإطلاقه يتناول صورة الرضا وعدمه، وإن كان قد يدعى تبادر الأولى، لا سيما مع ملاحظة أصول المذهب، ولكنهم فهموا منه شمول الصورتين، وقد صرح بعدم التوقف على الرضا في مثله في مزارعة الخلاف والمبسوط، وادعى عليه في الأول إجماع الفرقة وأخبارهم. وقال أبو علي فيما حكي: كان الشفيع مخيراً بين أن يعطي قيمة ما أحدثه المشتري، وبين أن يترك الشفعة إلخ، ولم يتعرض لشيء من ذلك في المقنع والمقنعة والانتصار والنهاية والمراسم والكافي والمهذب والوسيلة والغنية والسرائر وجامع الشرايع والإرشاد... فأين ما نسبه فيه الإيضاح إلى جمهورهم.

وأما الشهيد المتقدم على جامع المقاصد، فقد عرفت أنه مال أو قال: إن ذلك في صورة الرضا... وهو مقتضى كلام الشرائع والتذكرة والتحرير حيث لم يذكروا إلاّ بذل القيمة مع الرضا) انتهى.

وقد أخذ الجواهر منه جملة مما قال، كما لا يخفى على من راجعهما.

ولعل الشيخ وغيره حيث ذكروا التخيير بين الأمور الثلاثة من جهة أن كلاً من الأخذ بالقيمة بدون رضى المشتري وجبره على القلع خلاف القواعد الأولية، وحيث

دار الأمر بينهما يكون الشفيع مخيراً بينهما، لكن قد عرفت أن مقتضى القاعدة الجبر على القلع، لأنه المستفاد من الروايات المتقدمة فلا يعادله الأخذ بالقيمة قهراً.

ولعل الشيخ إنما نسب ذلك إلى أخبار الطائفة، لوجود بعض الأخبار الدالة عليه، مثل ما ذكره الشيخ في أماليه، بإسناده إلى الخلفاني، قال: كنت عند أبي عبد الله (عليه السلام) يوماً، إذ دخل عليه رجلان من أهل الكوفة من أصحابنا، فقال أبو عبد الله (عليه السلام): «أعرفتهما»، قلت: نعم هما من مواليك، فقال: «نعم، والحمد لله الذي جعل أجلة مواليّ من عراق»، فقال له أحد الرجلين: جعلت فداك إنه كان عليّ مال لرجل ينتسب إلى بيني عمار الصيارفة بالكوفة وله بذلك ذكر حق وشهود، فأخذ المال ولم أسترجع منه الذكر بالحق، ولا كتبت عليه كتاباً ولا أخذت منه براءة، وذلك لأني وثقت به، وقلت له: مزق الذكر بالحق الذي عندك، فمات وتهاون بذلك ولم يمزقها، وأعقب هذا أن طالبني بالمال وارثه وحاكموني وأخرجوا بذلك الذكر بالحق وأقاموا العدول فشهدوا عند الحاكم، فباع على قاضي الكوفة معيشة لي وقبض القوم المال، وهذا رجل من أخواننا ابتلي بشراء معيشتي من القاضى، ثم إن ورثة الميت أقروا أن المال كان أبوهم قد قبضه، وقد سألوه أن يردوا علي معيشتي ويعطونه في أنجم معلومة، فقال: إني أحب أن تسأل عن أبي عبد الله (عليه السلام) عن هذا، فقال الرجل: جعلت فداك كيف أصنع، قال: «عليك أن ترجع بمالك على الورثة، وترد المعيشة على صاحبها، وتخرج يدك عنها»، قال: فإذا أنا فعلت ذلك له أن يطالبني بغير ذلك، قال: «نعم له أن يأخذ منك ما أخذت من الغلة من ثمر الثمار وكل

ما كان مرسوماً في المعيشة يوم اشتراها يجب أن ترد لك كل ذلك، إلاّ ما كان من زرع زرعته أنت فإن للمزارع إما قيمة الزرع وأما أن يصبر عليك إلى وقت حصاد الزرع، فإن لم يفعل كان ذلك له وردّ عليك القيمة وكان الزرع له»، قلت: جعلت فداك فإن كان هذا قد أحدث فيها بناءً وغرساً، قال: «له قيمة ذلك أو يكون ذلك المحدث بعينه يقلعه ويأخذه»، فقلت: جعلت فداك أرأيت إن كان فيها غرس أو بناء فقلع الغرس وهدم البناء، فقال: «يرد ذلك إلى ما كان أو يغرم القيمة لصاحب الأرض، فإذا رد جميع ما أخذ من غلاتها إلى صاحبها وردّ البناء والغرس وكل محدث إلى ما كان أو ردّ القيمة كذلك يجب على صاحب الأرض أن يرد عليه كل ما خرج عنه في إصلاح المعيشة من قيمة غرس أو بناء أو نفقة في مصلحة المعيشة ورفع النوائب عنها كل ذلك فهو مردود إليه»[1].

((الميزان في التقويم))

وكيف كان، فحيث ترد القيمة باتفاقهما أو قهراً على المالك فقد عرفت سابقاً أن الميزان في إعطاء القيمة تقويمها معاً وتقويم الأرض وعطاء التفاوت إلى المشتري الغارس أو الباني إذا لم يكن للانضمام قيمة، وإلاّ فقيمة الانضمام توزع بينهما على النسبة العرفية.

أما بعض الوجوه الأخر التي ذكرها بعض، كما يظهر من الجواهر وغيره، فقد عرفت الإشكال فيها.

وعلى كل حال، فقد تقدم الجواهر: (لو اختلف الوقت فاختار الشفيع قلعه في وقت أسبق تقصر قيمة عن قلعه في وقت آخر يخف الأرش عليه فله ذلك، إذ لا يجب عليه الإبقاء إلى أن يجيء الزمان الذي تكثر فيه قيمته)[2]، وهو كما ذكره، لما عرفت من وجوب التسليم إليه فارغاً، كما في سائر الأماكن من البيع ونحوه.

---

(١) الأمالي: ج٢ ص٣٠٩ ط قم.

(٢) جواهر الكلام: ج٣٧ ص٣٧٣.

نعم لا يبعد أنه إذا لم يكن تفاوت الزمان كثيراً، وكان القلع الأسبق يسبب ضرراً على المشتري، لأن الدولة مثلاً تأخذ منه ضريبة إذا قلعه في النهار حيث عمال الدولة موجودون بخلاف ما إذا قلعه في الليل، فلا ضرر المشتري محكم على ذلك.

كما أنه إذا أراد المشتري القلع، وقال الشفيع: بأنه يؤخر في قلعه، لم يجب على المشتري الإجابة حيث يريد الوصول إلى ماله في أسرع وقت ممكن، إلاّ إذا كان «لا ضرر» محكماً.

وإذا تنازعا فالمرجع الحاكم وهو يلاحظ أقل الضررين وأكثر السلطتين بالنسبة إلى الشفيع والمشتري، لأن دليل «لا ضرر» والسلطة محكمان، فإذا تعارضا و لم يكن هنالك ما يقدم أحدهما على الآخر قدم مقتضى الأكثر سلطة والأقل ضرراً.

أما إذا لم يكن الشفيع يعتقد بالشفعة، أو يتوهم كثرة الثمن، أو نحو ذلك من الأعذار الحائلة دون أخذه بالشفعة، كما تقدم جملة منها في كلام المسالك، وحين ذلك بنى المشتري أو غرس أو ما أشبه، ثم التفت الشفيع إلى الشفعة ونحوه فأخذ بها، فالظاهر أن الحكم كالسابق في أن له أن يتسلم المال فارغاً، أو يعطي القيمة، أو يستأجر أو ما أشبه.

ومنه يعرف وجه قول الجواهر: لو غرس المشتري، أو بنى مع الشفيع، أو وكيله في المشاع على وجه يكون الغرس والبناء بالاذن المعتبر بأن كان اشفيع لايعتقد الشفعة له أو يتوهم كثرة الثمن، ثم تبين له الخلاف فأخذ الشفيع بالشفعة فالحكم، كما إذا غرس أو بنى بعد القسمة) انتهى.

وقد ذكر الفرعان في القواعد قال: (ولو اختلف الوقت فاختار الشفيع قلعه في وقت أسبق يقصر قيمته عن قلعه في آخر فله ذلك، ولو غرس المشتري أو بنى مع الشفيع أو وكيله في المشاع، ثم أخذه الشفيع فالحكم كذلك).

وقد ذكر في مفتاح الكرامة: (إن الحكمين مذكوران في التحرير وجامع المقاصد، ثم صدقه هو أيضاً، وقال في الفرع الثاني: مراده أن المشتري غرس وبنى في الجزء المشفوع حال الإشاعة مع الشفيع أو وكيله، بحيث يكون الغرس والبناء بالإذن المعتبر، ويتصور ذلك بأن يعتقد الشفيع أن لا شفعة له، أو يتوهم كثرة الثمن ثم يتبين الخلاف، فإنه إذا أخذ بالشفعة يكون الحكم في الغرس والبناء كالحكم فيهما إذا حصلت القسمة، ثم غرس أو بنى في حصته ثم أخذه الشفيع، كما ذكر ذلك كله في جامع المقاصد) انتهى.

ثم الظاهر أيضاً أن ثالث الأقسام المذكورة في الشرائع في عنوان المسألة (وهو النزول عن الشفعة) على وفق القاعدة، ولذا حكي عن المبسوط أنه قال: لا كلام فيه، وعن جامع المقاصد أنه قال: لا بحث فيه، وعن المسالك أنه قال: هو واضح، وذلك أنه نوع إقالة بين الشفيع والمشتري فيشمله دليل الإقالة.

ومنه يعلم أن قول الجواهر: (يشكل بأنه لا دليل على تسلط الشفيع على فسخ شفعته بعد أن أخذ بها، كما هو المرفوض في موضوع المسألة، نعم لو كان هذا التخيير قبل الأخذ لكان جواز النزول بمعنى ترك الأخذ بالشفعة واضحاً، لا بعد الأخذ، خصوصاً لو رضي المشتري ببذل الغرس والبناء له مجاناً، وإن كان لا يجب عليه القبول لما فيه من المنة، ولكن أقصى ذلك أنه يجبره الحاكم على قلعه، وعلى دفع الأجرة مدة الامتناع، بل وعلى أجرة القلع بما احتاج) انتهى.

غير ظاهر الوجه، كما أنه لم يعلم وجه الخصوصية المذكورة، إذ الإقالة جارية في المقامين، ومعنى الإقالة في الهبة أنه يرجع المتهب الشيء إلى الواهب ويقبل الواهب، ولا وجه للإشكال فيه.

((نماء المبيع متصلا ومنفصلا))

(**مسألة ١٤**): قال في الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: (وإذا زاد ما يدخل في الشفعة تبعاً، كالوديّ المبتاع مع الأرض فيصير نخلة أو الغرس من الشجر، وكزيادة أغصان الشجر ونحو ذلك مما هو نماء متصل بالعين التي تعلقت الشفعة بها، فالزيادة للشفيع بلا خلاف أجده فيه، كما عن المبسوط، بل قيل: مراده نفيه بين المسلمين، بل ولا إشكال، ضرورة تبعية ذلك للعين التي تعلق بها حق الشفعة) انتهى.

وقد أخذ الجواهر النقل من المبسوط عن مفتاح الكرامة، وقوله: (بل قيل) أيضاً هو كلامه.

وقال في المسالك: (أما كون النماء المنفصل للمشتري فواضح، لأنه نماء ملكه لكونه حينئذ مالكاً مستقلاً، وتزلزل ملكه لا ينافي ملك النماء، وأما المتصل فهو كالجزء من الشجرة فيتبعها في الحكم، والوديّ بكسر الدال المهملة بعد الواو المفتوحة والياء المشددة أخيراً بوزن غني فسيل النخل، وزاد بعضهم قبل أن يغرس، والمراد هنا المغروس ليكون تابعاً للأرض، أما غير المغروس فلا شبهة في عدم تبعيته للأرض في الشفعة) انتهى.

أقول: مقتضى القاعدة أنه إذا كانت الزيادة واضحة معلومة، كما إذا اشترى في هذه السنة وبعد سنة أخذ الشفيع بالشفعة، كون الزيادة للمشتري.

نعم إذا كانت الزيادة غير محسوسة، كما إذا اشتراه في هذا اليوم وأخذ الشفيع منه غداً أو بعد غد أو ما أشبه تكون الزيادة للشفيع، أما الثاني فلتعارف ذلك وعدم تفاوت قيمة معتد بها عند العرف، بل عدم تفاوت القيمة إطلاقاً عندهم غالباً، فإطلاق النصوص يقتضي الأخذ بنفس ذلك الثمن، سواء كانت الأشجار في البستان أو في الدار ونحوها.

أمّا مع فصل المدة والزيادة المحسوسة فلا فرق بين النماء المتصل والنماء المنفصل، ولا وجه لدخول المتصل في ملك الشفيع بعد كونه ملكاً للمشتري، ولا دليل على الانقلاب.

وأما ما ذكره الجواهر من ضرورة تبعية ذلك للعين التي تعلق بها حق الشفعة فشبه مصادرة، ومجرد عدم خلاف المبسوط لا يمكن أن يكون مستنداً لحكم على خلاف القاعدة مع أنه محتمل الاستناد بل ظاهره.

ومنه يعلم وجه النظر في قول الجواهر حيث إنه بعد كلام المسالك المتقدم علق عليه بقوله: (هو كذلك إذا كان مطروحاً على وجه الأرض، أما إذا كان نابتاً في أسفل النخل مثلاً ولكن لا يكون نخلة حتى يقلع منها ثم يغرس، فدعوى عدم تبعيته للأرض في الشفعة محل منع، خصوصاً مع فرض كون عنوان الشفعة البستان والحائط كما في بعض نصوص الجمهور[1] الذي انجبر بعمل الأصحاب، ضرورة دخول ذلك ونحوه فيه، نعم لو تجدد فسيل بعد البيع لم يكن للشريك الشفعة فيه لعدم دخوله في المبيع) انتهى.

إذ قد عرفت أن دعوى عدم تبعيته للأرض في الشفعة هو مقتضى القاعدة، فلا وجه لكونه محل منع، كما أنك قد عرفت أن في نصوصنا أيضاً يوجد لفظ الحائط والشجر ونحوه كما نقلناها سابقاً عن مستدرك الوسائل[2]، فليست الألفاظ المذكورة خاصة بروايات الجمهور كما نقلت عن سنن البيهقي وغيره.

نعم ما ذكره الجواهر بعد ذلك بقوله: (وأما ما يبس من أغصان الشجر أو سعف النخل بعد الابتياع وتعلق حق الشفعة به فلا يبعد بقاؤها فيه حتى لو قطع

(١) السنن الكبرى: ج٦ ص١٠٤.

(٢) المستدرك: ج٣ ص١٤٨ الباب ٥ من الشفعة.

منها، للأصل ولأنه كالأحجار المنقضة من الدار، وكذا كل ما كان كذلك من الكرب ونحوه) انتهى.

هو مقتضى القاعدة، لأن الشفعة قد تعلقت بها فلا وجه لخروجها عن الشفعة، وكذلك حال ماء البئر والنهر والعين وما أشبه، فإن ما كان منه في وقت البيع أو ما زاد بما لا يراه العرف زيادة يكون للشفيع، أما ما زاد زيادة واضحة فهو للمشتري، وحاله حال الزيادة المنفصلة.

أما قول الجواهر: (نعم لو كان كذلك حال الابتياع أمكن منع الشفعة فيه لكونها منقولاً أو بحكمه حال الابتياع، فلا يتعلق به حق الشفعة، بل يكون حينئذ مع ضم المشفوع إلى غير المشفوع) انتهى.

ففيه نظر، فإن اليابس من الأغصان ونحوه يعدّ جزءاً، وإن كان بحكم المنفصل في حال الابتياع، فيشمله دليل الشفعة، كما يشمل الأحجار المطروحة على الأرض في الأرض الحجرية، وكذلك الرمال والمدر ونحو ذلك، فإن كلها داخلة في الشفعة إذا عدت جزءاً من الأرض وإن كانت منقولة.

ثم قال الشرائع: (أما النماء المنفصل كسكنى الدار وثمرة النخل فهو للمشتري، ولو حمل بعد الابتياع فأخذ الشفيع قبل التأبير، قال الشيخ: الطلع للشفيع لأنه بحكم السعف، والأشبه اختصاص هذا الحكم بالبيع) انتهى.

وفي المسالك: (لا خلاف في أن الثمرة إذا ظهرت في ملك المشتري قبل الأخذ بالشفعة يكون للمشتري وإن بقيت على الشجرة لأنها بحكم المنفصل، ومنه ثمرة النخل بعد التأبير، أما قبله فقد تقدم في البيع أنها تتبع الشجرة فتكون للمشتري، فألحق الشيخ هذا الحكم بالشفعة وحكم بكون الثمرة إذا ظهرت بعد الابتياع فأخذ الشفيع بالشفعة قبل تأبيرها للشفيع لأنها تابعة للأصل

شرعاً كالسعف وغيره من الأجزاء، والمصنف والأكثر خصّوا هذا الحكم بالبيع على خلاف الأصل بالنص عليه، فإلحاق غيره به قياس، وهذا أقوى) انتهى.

أقول: مقتضى ما عرفت في الزيادة المتصلة أن ما كان في حال البيع هو ملك للشفيع، وكذلك ما زاد لكن زيادة لا تظهر عند العرف، مثل يوم ويومين وثلاثة أيام وما أشبه.

أما إذا كانت الزيادة واضحة، فمقتضى القاعدة أنها لا تكون للشفيع، لأنها زادت في ملك المشتري، من غير فرق بين قبل التأبير وبعده، ولذا قال في الجواهر في قول الشرائع المتقدم: (وثمرة النخل فهو للمشتري): (بلا خلاف بل ولا إشكال، ضرورة أنه نماء ملكه وإن كان متزلزلاً على أنه ليس من متعلق البيع الذي ثبت فيه حق الشفعة فهي حينئذ للمشتري، وإن بقيت على الشجرة لأنها بحكم المنفصل) انتهى.

لكن فيه وفي كلام غيره: إن تعليق الحكم على المتصل والمنفصل لا دليل عليه، بل المعيار ما ذكرناه.

ومنه يعلم وجه النظر فيما يحكى عن التذكرة، من أنه قوى الدخول في الشفعة فيما إذا كان الطلع غير مؤبر وقت الشراء ثم أخذه الشفيع قبل التأبير، إذ لا معيار في التأبير وغيره على ما عرفت.

كما يعلم وجه النظر في كلام القواعد حيث علق الحكم على التأبير، قال: (ولو كان الطلع غير مؤبر وقت الشراء فهو للمشتري، وإن أخذه الشفيع بعد التأبير أخذ الأرض والنخل دون الثمرة بحصتها من الثمن).

وفي محكي جامع المقاصد: (إنه إذا أخذه الشفيع بعد التأبير فالثمرة للمشتري قطعاً، فيجب أن يسقط من الثمن حصة الطلع منه بأنه قد ضم غير المشفوع

إلى المشفوع، وطريق ذلك تقويم الجميع ثم تقويم الطلع وتنسب قيمته إلى قيمة المجموع ثم يسقط من الثمن بهذه النسبة) انتهى.

ثم إن مقتضى القاعدة ما حكي عن الشيخ في المبسوط والخلاف، من أنه إذا باع النخل منضماً إلى الأرض وهو مثمر واشترط الثمرة في البيع كان للشفيع أخذ ذلك أجمع بعموم الأخبار، وقد حكي نحو ذلك من التذكرة في غير المؤبر.

وأورد عليهم الجواهر: (بأن الفرض تخصيص عمومها بغير المنقول الذي منه الثمرة، وإن بقيت عليه إلى أوان بلوغها، وحينئذ فهو من بيع المشفوع وغير المشفوع الذي قد عرفت أخذ الشفيع له بما يخصه من القيمة، وكذا الحال في كل ما كان نحو الثمرة في الاستعداد للنقل) انتهى.

إذ قد عرفت أنه لا عنوان لنا بمثل هذه الألفاظ حتى يقال: بأن الشفعة خاصة بغير المنقول والثمرة منقولة فلا شفعة فيها، إذ الثمرة تعد جزءاً كالسعف والورد وغير ذلك، ولم ينبه في الروايات على خروجها، خصوصاً مع تعارف وجود الأشجار المثمرة في البيوت، وكذلك في الحائط ونحوه، فقد تقدم في رواية الغوالي عن النبي (صلى الله عليه وآله) قال: «الشفعة في كل مشترك، ربعاً أو حائطاً، فلا يحل له أن يبيعه حتى يعرضه على شريكه، فإن باعه فشريكه أحق به»[1].

وعن الدعائم، عن الصادق (عليه السلام)، إنه قال: «الشفعة في كل عقار، والعقار النخل والأرضون والدور»[2].

إلى غير ذلك من الروايات التي فيها لفظ الحائط والعقار، وسيأتي بقية الكلام في ذلك في مسألة الزرع، إذ لا فرق بين الزرع والثمر فيما سنذكره إن شاء الله تعالى.

---

(١) الغوالي: ج٣ ص٣٧٥ ح١.

(٢) الدعائم: ج٢ ص٨٩ ح٢٦٩.

((لو بان الثمن مستحقا))

(مسألة ١٥): قال في الشرائع: (ولو بان الثمن مستحقاً، فإن كان الشراء بالعين فلا شفعة لتحقق البطلان، وإن كان في الذمة ثبتت الشفعة لثبوت الابتياع).

وفي مفتاح الكرامة عند قول القواعد: (ولو ظهر استحقاق الثمن فإن لم يكن معيناً فالاستحقاق باق وإلا بطلت الشفعة): (كما نص على الحكم الثاني في المبسوط، وعليه وعلى الأول في السرائر والشرائع والتذكرة والتحرير والإرشاد وشرحه لولده والدروس وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان، ونص الخراساني على الثاني) انتهى.

وفي الجواهر: (بلا خلاف أجده في شيء من ذلك ولا إشكال).

ووجه الاثنين واضح، لأن استحقاق أحد العوضين المعينين يوجب بطلان البيع، وبقاء الآخر بلا عوض في مقابله، بخلاف ما في الذمة فإن المدفوع عنه لا يتعين ثمناً على تقدير ظهوره مستحقاً، بل الثمن أمر كلي في الذمة فلا يبطل البيع، كما لو لم يكن دفعه بعد، ولو أجاز مالك الثمن الشراء صح البيع وثبتت الشفعة، كذا في مفتاح الكرامة.

لكن اللازم أن يقال: إن أجاز المالك لنفسه فيما يصح، فإن كان المالك نفس الشفيع انتقل الملك إليه بالبيع ولا شفعة، وإن كان غيره ثبتت الشفعة، إذ لا فرق في كون المشتري نفس من أعطى الثمن أو غيره، وإنما قيدناه بـــ (فيما يصح)، لأنه قد لا نقول بصحة مثل هذا الفضولي، حيث يشتري الإنسان لنفسه بثمن غيره ويجيز ذلك الغير الفضولي لنفسه، وقد نقول بالصحة، لكن إذا لم يكن البيع على وجه التقييد، وإلاّ بطل، والظاهر أن مرادهم غير مثل هذه الصورة لأنه منصرف من كلامهم.

ومما تقدم يظهر حال ما إذا كان بعض الثمن مستحقاً.

وإن كان الثمن مستحقاً ثم انتقل إلى المشتري، فإن قلنا بصحة البيع بدون الإجازة من نفس المشتري

فهو، أو بالإجازة وأجاز كان كذلك في ثبوت الشفعة في الصورتين، وإن لم يجز بطلت الشفعة فيرجع الشقص إلى الشريك.

ولو كان البيع بالذمة، لكن لا شيء للمشتري إطلاقاً إلى حين موته، فالظاهر بطلان مثل بطلان مثل هذا البيع، إذ لا مقابل للمثمن، وتبعاً له يبطل الشفعة أيضاً.

وكيف كان، فإن ظهر الثمن العين مما لا يملك بطل البيع، وببطلانه تبطل الشفعة أيضاً كما هو واضح.

ثم قال الشرائع: (ولو دفع الشفيع الثمن فبان مستحقاً لم تبطل شفعته على التقديرين)، ومراده بالتقديرين كون ثمن المشتري معيناً أو مطلقاً.

وعلله في الجواهر بقوله: (ضرورة كون البيع صحيحاً وهو سبب الشفعة، إذ المستحق هو ما دفعه الشفيع لا المشتري، أو أن المراد تقديري أخذ الشفيع الشفعة بالثمن المستحق بأن قال مثلاً تملكت الشقص بهذه الدراهم، أو المطلق الذي رضي المشتري به في ذمته فقال: تملكته بعشرة دراهم، ثم دفع المستحق وفاءً، ولعله أولى ليوافق ما في غيره من كتب الأصحاب) انتهى.

هذا ولكن عن الدروس أنها تبطل إذا علم الشفيع باستحقاق الثمن إذا جعلناها فورية.

وأشكل عليه في مفتاح الكرامة بقوله: (وهذا منه مبني على أن الملك لا يحصل إلاّ باللفظ ودفع الثمن كما هو مختاره، وعلى أنه يجب الفور بدفع الثمن كما يجب الفور بالأخذ باللفظ، وهذه الملازمة هي التي يقتضيها النظر، وقد ادعاها في جامع المقاصد كما سلف، ونحن قد تأملنا فيها هناك، لأن الذي تعتبر فورية إنما هو الصيغة، وأما دفع الثمن فالأصل عدم اعتباره، وعلى ذلك نبه في المسالك) انتهى.

أقول: قال في المسالك: (ولو كان عالماً ففي بطلانها وجهان مبنيان على

أن الملك يحصل بقوله: أخذت، أو به وبدفع الثمن، فعلى الأول لا يضر لحصول الملك، وعلى الثاني يحتمل البطلان لمنافاته الفور، والصحة لأن المعتبر فورية الصيغة والأصل عدم اعتبار غيرها، وربما فرق مع العلم بين كون الثمن معيناً ومطلقاً، لأنه مع التعيين يلغو الأخذ فينافي الفورية بخلاف المطلق، فإن الأخذ صحيح، ثم ينفذ الواجب بعد ذلك) انتهى.

وحيث قد ذكرنا سابقاً عدم اعتبار الفور بمثل ذلك فالظاهر أن الشفعة صحيحة.

ومنه يعرف وجه النظر في الشق الثاني من كلام الجواهر، حيث قال تعليقاً على كلام المسالك: (لا ينبغي التأمل في الصحة مع الإطلاق إذا رضي المشتري بكونه في ذمته، ثم دفع المستحق للغير، أما الإطلاق بمعنى أنه قال في مجلس الشفعة أخذت بعشرة دراهم مثلاً، ثم دفعها في المجلس، فالظاهر البطلان معه أيضاً بفوات الفورية بالمعنى الذي ذكرناه) انتهى.

نعم يأتي هنا ما ذكرناه في فرع سابق بما إذا كان في الذمة مثلاً، ولا شيء للشفيع إطلاقاً إلى حين موته، وإن رضي المشتري بالذمة زاعماً أن للشفيع المال إلى حين موته مثلاً، أما إذا كان رضاه مقيداً فالبطلان أوضح، والمراد بالمال للشفيع الأعم من ماله شخصاً أو إعطاء غيره من متبرع أو بيت مال أو ما أشبه ما في ذمته، إذ في كلا الحالين يصل ثمن المشتري إليه فالأخذ بالشفعة صحيح.

ومما تقدم يظهر الكلام فيما إذا كان الثمن معيباً، سواء كان الثمن الذي دفعه المشتري إلى الشريك أو الذي دفعه الشفيع إلى المشتري، فإنه إذا كان الثمن كلياً لزم التبديل، وإذا كان شخصياً، فالكلام في كلا الفرعين كما ذكر سابقاً في الفرعين المذكورين.

((لو قال المشتري خلاف الواقع))

(**مسألة ١٦**): قال في الشرائع: (لو قال: اشتريت النصف بمائة فترك، ثم بان أنه اشترى الربع بخمسين لم يبطل الشفعة، وكذا لو قال: اشتريت الربع بخمسين فتركه، ثم بان أنه اشترى النصف بمائة لم يبطل شفعته لأنه قد لا يكون معه الثمن الزائد، وقد لا يرغب في المبيع الناقص).

وفي المسالك قال: (من جملة الأعذار المسوغة لتأخير الأخذ وإن جعلناها فورية، ما لو أخبر بمقدار المبيع فظهر زائداً عما أخبر أو ناقصاً، سواء كان من زيادة الثمن أو نقصانه أو مساواته للواقع حسب ما يقتضيه التسقيط، لاختلاف الأغراض للعقلاء في ذلك، فقد يرغب في شراء الزائد دون الناقص وقد ينعكس، فلو أخبر المشتري أنه اشترى النصف بمائة أو أخبره مخبر بذلك فترك الأخذ ثم ظهر أنه اشتراه بدون ذلك لم تبطل شفعته لظهور الغرر، فإنه قد لا يرغب في الشقص بالثمن الرخيص دون ما زاد عليه، سواء كان معه الثمن أم لا، وكذا لو قال المشتري: اشتريت الربع بخمسين فترك الشفيع، ثم بان أن المشتري إنما اشترى النصف بمائة فإن شفعته لا تبطل أيضاً، لأنه قد لا يرغب في شراء الربع ويرغب في النصف وبالعكس فلا يعدّ تركه تقصيراً) انتهى.

وقد تقدم الكلام في ذلك كله، وأن إطلاق دليل الشفعة شامل للمقام، بل لا يظهر منهم خلاف في المسألة المذكورة.

وهل عليه التحقيق، فإذا لم يحقق فاتت الفورية، الظاهر لا، لإطلاق أدلة الشفعة بدون مقيد بسقوطها إذا لم يحقق، وكذا في سائر الأعذار، مثل زعمه أن المشتري زيد فبان عمرواً، حيث لا يريد

التعامل مع زيد، أو أن البائع خالد فبان خويلداً، سواء في الشريك الواحد بما إذا لم يعرفه أو في الشركاء إذا قلنا بصحة الشفعة فيهم، فزعم أن خالدهم باع ولا يريد أخذ ما كان لخالد، إلى غير ذلك من الخصوصيات التي تختلف الرغبات فيها.

نعم قال في الجواهر: (لو علم أن عدم الأخذ بها لا من حيث كثرة الثمن أو قلة المبيع، بل لا رغبة عنها على كل حال، فالظاهر السقوط، ومن هنا يتجه للمشتري اليمين على الشفيع لو ادعاه بذلك، كما يتجه بقاؤها مع الشك في الحال لموت الشفيع مثلاً، ضرورة أنه بناءً على ما ذكرنا متى قام احتمال العذر لوجود الغرض المعتد به عند العقلاء ويمكن استناد الترك إليه كفى في استصحاب بقائها، وإن كان قد يحتمل القول بأن الشفعة على خلاف الأصل والمتيقن ثبوتها مع كون الترك لعذر وإلاّ سقطت، لكن الأول أقوى، وأوفق بإطلاق الأدلة) انتهى.

ومن الواضح أن اتجاه اليمين على الشفيع من قبل المشتري إنما هو إذا لم يكن للمشتري البينة، وإلا فلا موقع لليمين، كما أنه إذا لم يحلف الشفيع بنيت المسألة على احتمالي رد اليمين على المدعي ثم الحكم به، أو الحكم بمجرد نكول المنكر.

ولا يخفى أن نائب الشفيع أو وارثه أيضاً يقوم مقام الشفيع في توجيه اليمين إليه، فإن ادعى الجهل كفي الحلف على عدم العلم لإطلاق الأدلة.

((**الأخذ بالشفعة والعلم بالثمن**))

(**مسألة ١٧**): قال في الشرائع: (إذا بلغه البيع فقال: أخذت بالشفعة، فإن كان عالماً بالثمن صح، وإن كان جاهلاً لم يصح، ولو قال: أخذت بالثمن بالغاً ما بلغ، لم يصح مع الجهالة تفصياً من الغرر.

وفي المسالك: (لما كان الأخذ بالشفعة في معنى المعاوضة بأنه يأخذ الشقص بالثمن الذي يبيع به، اشترط علمه به حين الأخذ حذراً من الغرر اللازم على تقدير الجهل، لأن الثمن يزيد وينقص والأغراض تختلف فيه قلة وكثرة، وربما زيد حيلة على زهد الشفيع في الأخذ مع اتفاقهما على إسقاط بعضه كما سيأتي، فلا يكفي أخذه بالشفعة مع عدم العلم به جنساً أو قدراً أو وصفاً، وإن رضي بأخذه بمهما كان الثمن، لأن دخوله على تحمل الغرر لا يدفع حكمه المترتب عليه شرعاً من بطلان المعاوضة مع وجوده، كما لو أقدم المشتري على الشراء بالثمن المجهول ورضي به كيف كان، وحيث لا يصح الأخذ لا تبطل شفعته، بل يجدده إذا علم به) انتهى.

والدليل على ذلك هو عموم «لا غرر» الوارد في النص المروي عن رسول الله (صلى الله عليه وآله)[1] كما تقدم، والروايات الواردة في مختلف الأبواب المستفاد منها القاعدة المذكورة والتي هي مجمع عليها في الجملة على الظاهر.

وعليه يلزم علمه بسائر ما لو لم يعلمه يلزم الغرر، ولو لم يعلم قدر المبيع أو جنس الثمن أو وقت التسليم أوسائر الخصوصيات الدخيلة لم يصح، ولو اختلفا فقال المشتري: كنت تعلم، وقال الشفيع: ما كنت أعلم، أو قال المشتري: علمت بعد شهر، فقال: بل بعد سنة، فالأصل مع الجهل إلا إذا ادعى العلم سابقاً والنسيان لاحقاً، فإن الاستصحاب محكم.

---

(١) الوسائل: ج١٢ ص٣٣٠ الباب ٤٠ من عقد البيع ح٣.

وكيف كان، فالظاهر أنه يشترط علم كلا الطرفين بالثمن والمثمن، لدليل الغرر الشامل للمقام، فإنه معاملة كسائر المعاملات، فلا يجري فيها الغرر.

قال في مفتاح الكرامة: (أما اشتراط علمه بالمثمن وصحة الأخذ فقلّ من تعرض له، وإنما ذكر في التذكرة وجامع المقاصد والروضة، وأما اشتراط علمه بالثمن فقد صرح به في المبسوط والكافي والشرائع والتذكرة والتحرير والإرشاد والدروس واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة والمفاتيح، ولم يذكر شيء منهما في الوسيلة والغنية فيما ذكر فيهما من الشرائط وقضيتهما أن علمه بهما غير شرط، ولم يذكر هذا الشرط أيضاً في المقنع والمقنعة والنهاية والمهذب والمراسم وفقه القرآن والسرائر وجامع الشرائع والنافع والتبصرة، وفي مجمع البرهان أنه لا دليل عليه من عقل ولا نقل إلاّ أن يكون إجماعاً) انتهى.

لكن فيه ما عرفت من الدليل من عموم الغرر، ولأنه معاملة والمعاملات يجب حصول العلم بطرفيها للطرفين، ولا إطلاق لأدلة الشفعة بنفي الشرائط المذكورة في المعاملات في كل مقام.

وبذلك يظهر وجه النظر في قول الجواهر حيث إنه بعد نقل جملة من كلام مفتاح الكرامة كما يظهر للمراجع أنه نقل منه، قال: (قلت: ما ذكره مجمع البرهان من عدم الدليل عليه من عقل ولا نقل كذلك بعد عدم ثبوت عموم النهي عن الغرر أولاً، وعدم ثبوت كونها معاوضة ينافيها الغرر ثانياً. نعم قد يقال: إن الشفعة على خلاف الأصل والمتيقن من شرعية الأخذ بها إن لم يكن المنساق من نصوصها هو حال العلم بالثمن، مضافاً إلى ما عرفت من اعتبار دفعه في التملك بها ومع عدم العلم به لا طريق إلى دفعه، واحتمال

الاجتزاء بدفع ما يعلم فيه الثمن لا يكفيه قطع الأصل المزبور، لكن ذلك كله لا يقتضي اشتراطه على كيفية اشتراطه في البيع بحيث لا يجدي قول أخذت بالشفعة، وإن علم به بعد ذلك ودفعه، اللهم إلاّ أن يدعي ظهور قوله (عليه السلام): «فهو أحق بها من غيره بالثمن وليس له إلاّ الشراء والبيع الأول»[1] في ذلك، ولكنه واضح المنع ضرورة أن أقصاه اعتبار دفع الثمن لا العلم به حال الأخذ) انتهى.

فإنه لا وجه لعدم عموم النهي عن الغرر، ولذا استدل به الفقهاء من أول الفقه إلى آخره، وإن استشكل عليه بعضهم بعدم عثوره على نص صحيح، أو عدم ظهور مضمونه، وأن المراد بالغرر ماذا، وقد تقدم أنها معاوضة والمعاوضة ينافيها الغرر، بل هو مجمع عليه بينهم، كما يظهر من استدلالاتهم في مختلف أبواب الفقه.

نعم لم يذكروا ذلك في بعض المباحث، ولهذا فمن المحتمل أن الذين لم يذكروه من المقنع والمقنعة إلى الأخير، إنما اعتمدوا على شرائط المعاملات مطلقاً، ولذا لم يذكروا في هذا الباب أيضاً بعض الشروط الأخر، فاللازم تحصيل العلم بذلك فوراً فورية عرفية إذا قلنا بوجوب الفور ثم يأخذ بالشفعة، فهل يمكن القول بأنه إذا لم يعلم أن المبيع دار أو بستان أو حانوت أو حمام أو أرض أو مزرعة أو غير ذلك، وأن شريكه في ذلك هل هو زيد أو عمرو أو بكر أو غيرهم من الشركاء، وهل باع حصته أو بعضها، وأنه بكم باعها بالقيمة العادلة أو بغير العادلة بالمواطاة، إلى غير ذلك، يحق له الأخذ بالشفعة هكذا مجهولاً، ولذا قال في القواعد: (اشترطوا علم الشفيع بالثمن والمثمن معاً،

(١) الوسائل: ج١٧ ص٣١٦ الباب ٢ ح١.

فلو جهل أحدهما لم يصح الأخذ)، وهو المنقول عن المبسوط وغيره، كما تقدم الإلماع إلى جملة ممن قال بذلك.

فلو قال: أخذته بمهما كان لم يصح مع الجهالة، كما صرح به في القواعد ومحكي المبسوط وغيرهما.

وبعد ذلك لا حاجة إلى دليل الاحتياط وكون الشفعة خلاف الأصل والمتيقن من شرعية الأخذ بها عدم الغرر كما تقدم من الجواهر، إذ الدليلان كاف لذلك، ولو لم يكف مثل الدليلين المذكورين من رواية الغرور، وقاعدة المعاوضات لم يمكن الاستدلال للبطلان في جملة من المعاملات التي لم يذكر فيها اشتراط العلم بصورة خاصة.

ثم إن مما ذكروه في عدم صحة المعاملة بالتعليق يظهر أنه إذا قال: إن كانت البستان هي المبيعة فآخذ بالشفعة، أو إن كان الثمن كذا أو دون ذلك فآخذ بالشفعة فإنه لم يصح، لأنه تعليق.

كما أنه إذا علم أن المبيع النصف أو الأقل مثلاً، أو علم أن الثمن ألف أو الأقل، وقال: أخذت بالشفعة لم يصح، لأنه غرور وجهل أيضاً، حاله حال ما إذا قال المشتري: أشتري هذا الشيء منك بألف إلى الأقل، يعني مهما كانت قيمته ألفاً أو أقل، أو قال البائع: أبيعك كذلك، إلى غير ذلك من الأمثلة التي كلها مناف للغرر وللجهالة.

ولما يستفاد من العقل والشرع من اشتراط العلم في المعاملات، ثم على تقدير اشتراط العلم إن قال المشتري للشفيع: أخذت بالشفعة وأنتَ لا تعلم فشفعتك باطلة، وقال الشفيع: بل كنتُ أعلم، فليس للمشتري الحق على الشفيع إلاّ أن يحلف على العلم، اللهم إلاّ أن يقول: إني الآن ناس هل أني كنت عالماً أم لا، فالأصل الصحة، ويحلف على عدم علمه بكونه جاهلاً حين الأخذ.

((**تسليم الثمن أولاً**))

(**مسألة ١٨**): قال في الشرائع: (يجب تسليم الثمن أولاً، فإن امتنع الشفيع لم يجب على المشتري التسليم حتى يقبض)، وقد تقدم الكلام في هذه المسألة.

وفي المسالك: (إن وجه تقديم حق المشتري هنا بتسليمه الثمن أولاً جبر وهمه الأخذ منه قهراً، بخلاف البيع المبني على التراضي من الجانبين فلم يكن أحد المتعاوضين أولى من الآخر بالبداءة فيتقابضان معاً مع أنه قد قيل فيه أيضاً بوجوب تقديم تسليم البائع أولاً فيكون هنا أولى) انتهى.

وحيث قد تقدم ضعف الوجه المذكور، وأن اللازم التقابض فلا حاجة إلى تكرار الكلام.

ثم لو عصى المشتري من التسليم مدعياً أنه لم يسلمه الثمن حيث استعد لتسليم الشقص له، وقال الشفيع: بل استعددت وإنما أبى هو أن يسلمني، فعلى المشتري البينة، لأن الإباء عن التسليم صفة مستجدة فهي بحاجة إلى الإثبات، ولا يسقط الشفعة بالادعاء.

ولذا الذي ذكرناه من التقابض، قال الجواهر عند قول المحقق المتقدم: (قد يشكل ذلك بناءً على حصول الملك المزبور بأن الشفعة معاوضة أو كالمعاوضة يعتبر فيها التقابض لا تقديم الثمن أولاً) ثم نقل استدلال المسالك، وقال بعد ذلك: (إلاّ أن ذلك كله كما ترى لا يوافق أصول الإمامية، بل مقتضى المزبور القول بتسليم المشتري الشقص أولاً ضرورة كونه الذي هو بمنزلة البائع للشفيع، اللهم إلاّ أن يريد بذلك أصل الابتداء من أحدهما لا التقابض) انتهى.

ثم إن خاف كل منهما من الآخر لزم على الحاكم فصل النزاع، وجعل ثالث أو بالتقبل منهما ثم رد عليهما متبادلاً أو غير ذلك، كما ذكروا في بعض كتب المعاملات.

((من أعذار تأخير الشفعة))

(**مسألة ١٩**): قال في الشرائع: (لو بلغه أن المشتري اثنان فترك فبان واحداً، أو واحداً فبان اثنين، أو بلغه أنه اشترى لنفسه فبان لغيره أو بالعكس، لم يبطل الشفعة لاختلاف الغرض في ذلك).

وقال في المسالك: (المرجع في هذه الفروض ونظائرها إلى كون التأخير لغرض صحيح أو عذر مقبول لا يخل بالفورية المعتبرة، ومما يختلف الأغراض باختلافه زيادة الشركاء ونقصانهم وخصوصيات الشريك، وذلك أمر واضح) انتهى.

ولو قال المشتري: إنه يكذب في ادعائه هذه الأعذار، فإنه لم يرد الشفعة حين علم وإنما استثنى رأيه بعد ذلك، فيبدي العذر ليحق له الأخذ، فله على الشفيع إن لم يقم البينة الحلف، كما هو مقتضى القاعدة في الدعاوي.

((إذا كانت الأرض مزروعة))

(**مسألة ٢٠**): قال في الشرائع: (إذا كانت الأرض مشغولة بزرع يجب تبقيته، فالشفيع بالخيار بين الأخذ بالشفعة في الحال، وبين الصبر حتى يحصد لأن له في ذلك غرضاً، وهو الانتفاع بالمال وتعذر الانتفاع بالأرض المشغولة، وفي جواز التأخير مع بقاء الشفعة تردد).

وفي المسالك: (المراد بالزرع الذي يجب تبقيته ما وقع بإذن الشفيع لأنه شريك، حيث لا ينافي الأخذ على الفور أو بعد القسمة على أحد الوجوه التي صورناها سابقاً، وحينئذ فالزرع لا يمنع الأخذ عاجلاً وإن لم ينتفع بالأرض، فإن ذلك لا يمنع المعاوضة، كما لو اشتراها مشغولة بزرع البائع وعليه تبقيته مجاناً إلى أوان حصاده، لأنه تصرف بحق وله أمد ينتظر، بخلاف الغرس والبناء حيث لا يزالان إلاّ بالأرش) انتهى.

ولا يخفى ما في بعض هذا القول، وإن قال به في القواعد والتذكرة والتحرير والدروس وجامع المقاصد كما حكي عن بعضهم، إذ غاية ما يذكر في حجته أنه تصرف بحق، لأنه تصرف بعد القسمة الشرعية أو بالإذن مع الإشاعة وله أمد ينتظر فتكون مدته كالمنفعة المستوفاة للمشتري، ولا كذلك الغرس والبناء فإنهما لا أمد لهما ينتظر فيه القلع.

ومن الواضح أن مثل هذا الوجه لا يصلح فارقاً بينه الغرس والزرع، فإذا كان للمشتري الحق في الإبقاء كان له ذلك فيهما، وإذا لم يكن لم يكن له الحق فيهما، ووجود الأمد القريب والبعيد لا يؤثر في الحق، ولذا قال في الجواهر بعد ذكر حجتهم: (لكنه كما ترى لا يرجع إلى دليل معتد به شرعاً، خصوصاً إذا كان الزرع بعد القسمة على الوجه الشرعي فأخذ الشفيع بالشفعة، فإنه لم يكن إذن من الشفيع بالزرع حتى يكون كالعارية التي قد عرفت البحث فيها سابقاً، ودعوى كونه حينئذ كالمشتري للأرض ذات الزرع يدفعها بعد التسليم إمكان منع الحكم في المشبه به إذا لم

يكن عرف يقتضي ذلك على وجه يكون كالشرط المضر، على أن مقتضى ما ذكروه من الأمد عدم تسلط الشفيع على فسخ الإجارة لو وقعت من المشتري، لأن لها أواناً ينتظر، ولعله لذا قال في جامع المقاصد: لو آجر المشتري إلى مدة فأخذ الشفيع فهل له فسخ الإجارة من دون ترجيح، ولكن لا يخفى عليك ما فيه، خصوصاً مع فرض طول مدة الإجارة، وبالجملة هذه اعتبارات لا توافق أصول الإمامية) انتهى.

((لا فرق بين الإجارة والزرع))

ومنه يعلم أن فرق مفتاح الكرامة بين الإجارة وبين الزرع بقوله: (والظاهر عندنا أن له الفسخ في الإجارة، وإلاّ لزم الضرر على الشفيع ولا سيما إذا كانت المدة طويلة تزيد عن أمد الزرع والثمرة، ولا ضرر في الفسخ على المشتري، ولما كان في القلع الزرع ضرر عليه أوجبنا عليه الإبقاء) انتهى.

غير ظاهر، إذ لو كان حق الشفيع سابقاً لم يفرق بين طول المدة وقصرها، وإذا لم يكن حق الشفيع سابقاً لم يكن الفرق أيضاً.

وحيث قد عرفت سابقاً أن ظاهر دليل الشفعة أن له أن يأخذ الشقص فارغاً، فلا فرق بين الزرع والشجر والبناء والإجارة والعارية وغيرها من أنحاء المعاملات حتى اللازمة منها، بأن كانت العارية أو الوديعة أو ما أشبه لازمة للشرط في ضمن عقد ونحوه، ولذا كان المحكي عن جامع الشرائع أنه يجبر المشتري على القلع بعد ضمان الأرش كالغرس.

أما الكلام في الأرش، فقد تقدم وجه كلا الاحتمالين، وإن قال الجواهر هنا: (المتجه بناءً على ما ذكرناه عدم الأرش، وإن كنا لم نجد القائل به).

ثم إن المسالك قال: (وهل له تأخير الأخذ إلى أن يحصل الزرع، فيه وجهان:

أحدهما: وهو اختيار الشيخ وقواه في الدروس، الجواز لأنه لا ينتفع الآن بالشقص لو أخذه، فلا يجب عليه بذل الثمن الموجب للانتفاع به بغير مقابل، ويلزم من عدم وجوب بذله جواز تأخير الأخذ، لأن تعجيله ملزوم لتعجيل الثمن، ولأن تأخير بذل العوض الذي لم يحصل فائدة عوضه غرض مطلوب للعقلاء فيكون ذلك عذراً مسوغاً للتأخير.

والثاني: العدم، لأن الشفعة على الفور، ومثل ذلك لا يثبت عذراً، كما لو بيعت الأرض في غير وقت الانتفاع، فإنه لا يجوز تأخير الأخذ إلى وقته إجماعاً، والمصنف تردد في الحكم لما ذكرناه من التوجيهين، والثاني منهما لا يخلو من قوة، ومثله ما لو كان في الشقص شجر عليه ثمر لا يستحق بالشفعة، وأولى بالعدم هنا لأن الثمن لا يمنع الانتفاع بالمأخوذ) انتهى.

أقول: جواز التأخير منقول عن المبسوط والإرشاد وشرحه لولده والدروس، خلافاً لمختار التذكرة والمختلف والإيضاح وجامع المقاصد حيث قالوا بأنه لا يجوز له التأخير، وهو المستظهر من التحرير، وقد تقدّم قول المسالك: (إنه لا يخلو من قوة، لما عرفت من أن الشفعة على الفور ومثل ذلك لا يثبت عذراً)، لكن مقتضى القاعدة القول الثاني إذا قلنا بالفورية، إذ الوجه المذكور للتأخير غير ظاهر، وإن قال في الجواهر: (لا يخفى عليك قوة الأول، لأن الشفعة وإن كانت على خلاف الأصل إلاّ أنه بعد تعلقها يكون مقتضى الأصل بقاءها بعد عدم دليل على الفورية على وجه ينافي ذلك، خصوصاً بعد ما سمعت ما ذكروه من الأعذار التي لا تنطبق إلاّ على إرادة سقوطها مع إهمالها رغبة عنها لا مع الغرض المعتد به عند العقلاء) انتهى.

فإن الأعذار المذكورة سابقاً أيضاً لا يمكن إطلاق القول بجواز التأخير

فيها إلاّ ما إذا كان عن جهل أو ما أشبه، وقد تقدم دلالة رواية علي بن مهزيار[1] وغيرها على الفورية بالمعنى العرفية، فلو قيل بحق المشتري في بقاء زرعه كان مقتضى القاعدة في الجمع بين الحقين الفورية من هذا الجانب والحق في بقاء زرعه من ذلك الجانب، لا أن ذلك يوجب سقوط الفورية المستفاد من النص والفتوى على ما ذكروا.

ومنه يعرف حال ما إذا رهنه المشتري أو جعله مخزناً لا يمكن إفراغه إلاّ بعد مدّة طويلة كالبناء والشجر، أو قصيرة كالزرع، لأن الملاك في الجميع واحد.

---

(١) الوسائل: ج١٧ ص٣٢٤ الباب ١٠ ح١.

((لا إقالة بين البائع والشفيع))

(**مسألة ٢١**): قال في الشرائع: (إذا سأل البائع الشفيع الإقالة فأقاله لم يصح، لأنها إنما تصح بين المتعاقدين).

وفي المسالك: (سبيل الإقالة أن يقع بين المتبايعين لأنها فسخ للبيع، ولا يفسخه بالإقالة إلاّ من ملك العوض، والشفيع قبل الأخذ بالشفعة ليس بمالك، وإنما ملك أن يملك، وبعده ليس بمشتر، فلا تصح الإقالة بينه وبين البائع، ولا بينه وبين المشتري وهو ظاهر) انتهى.

وفيه نظر، لأن الشفعة معاملة بين المشتري وبين الشفيع، فيشملها إطلاق أدلة الإقالة، فلا وجه لعدم صحة الإقالة بينهما.

نعم الإقالة بين الشفيع وبين البائع لا وجه لها، لأنه لا تعامل بينهما، فإذا أراد البائع الإقالة بينهما كان باطلاً، أمّا إذا أراد الإقالة بين الشفيع وبين المشتري شفاعة للمشتري ورغب المشتري في ذلك صحت الإقالة لشمول أدلتها.

وعلى هذا، فتصح الإقالة بين الشفيع والمشتري، سواء طلبها الشفيع أو المشتري، ولا تصح الإقالة بين البائع والشفيع سواء طلبها البائع أو الشفيع.

ثم إذا رجع الشقص إلى المشتري صحت الإقالة بين المشتري والبائع، كما ليس بالبعيد، فتأمل.

((**لو كان الثمن مؤجلا**))

(**مسألة ٢٢**): قال في الشرائع: (إذا اشترى بثمن مؤجل، قال في المبسوط: للشفيع أخذه بالثمن عاجلاً، وله التأخير وأخذه بالثمن في محله، وفي النهاية يأخذه عاجلاً ويكون الثمن عليه، ويلزم كفيلا بالمال إن لم يكن ملياً، وهو أشبه) انتهى.

وقال في مفتاح الكرامة عند قول العلامة: (ولو كان الثمن مؤجلاً فللشفيع الأخذ كذلك بعد إقامة كفيل إذا لم يكن ملياً): (كما في المقنعة والنهاية والمهذب والغنية والسرائر والشرائع والنافع وكشف الرموز والتذكرة والتحرير والإرشاد والمختلف والإيضاح والدروس والمقتصر وجامع المقاصد ومجمع البرهان، ولعله قد يظهر من التنقيح والمهذب البارع والمسالك، وهو قول الأكثر كما في جامع المقاصد، والأشهر كما في المسالك، وعليه عامة من تأخر كما في الرياض، وقد يلوح من جامع المقاصد الإجماع، وفي الخلاف نسبته إلى قوم من أصحابنا، وهو يرشد أن به قائلاً غير المفيد ممن تقدم عليه).

ثم قال: (والمخالف الشيخ في المبسوط والخلاف وأبو علي والطبرسي فيما حكي عنهما فقالوا: إن الشفيع يتخير بين أن يأخذ بجميع الثمن حالاً، أو يصبر إلى انقضاء الأجل، أو يأخذ بالثمن في وقت حلوله).

ومقتضى القاعدة هو ما ذكره المشهور، لأن أدلة الشفعة تدل على أنها على الفور من ناحية، ومن ناحية أخرى أن الشفعة تكون كالبيع الذي وقع بين المالك للشقص والمشتري، وحيث كان البيع بالأجل تكون الشفعة بالأجل كذلك.

والاستدلال لقول المبسوط وغيره باختلاف الذمم في ذلك فيجب إما حالاً وإما الصبر إلى وقت الحول، ولا ينافي ذلك الفورية بعد أن كان التأخير لغرض معتد به عند العقلاء، وليس هو للرغبة عن الشفعة.

غير ظاهر الوجه، فإن اختلاف الذمم لا يوجب تخصيصاً في أدلة

الشفعة، ولم يدل دليل على جواز كل تأخير لغرض معتد به عند العقلاء، كما تقدم الكلام في ذلك.

ولذا قال في الجواهر: (إن هذا القول يستلزم أحد محذورين، إما إسقاط الشفعة على تقدير ثبوتها، أو إلزام المشتري بزيادة لا موجب لها، وكلاهما باطلان، لأنه إن جوزنا له التأخير لزم الأمر الأول، والمفروض أنها على الفور على ما اعترف به الخصم، وإن لم نجوز له التأخير ألزمناه بزيادة صفة وهي تعجيل الثمن من غير موجب) انتهى.

ثم قال: (وعدم تساوي الذمم الذي ذكره الخصم لا يقتضي ما عرفت من التخيير لإمكان التخلص بالكفيل الوفي الملي مع فرض عدم كون الشفيع كذلك، فتبقى الشفعة حينئذ على الفور بعد سقوط العذر) انتهى.

بل لعله ظاهر قوله (عليه السلام): «هو أحق بها من غيره بالثمن»[1]. ويؤيده أن الثمن المؤجل يسبب نقص القيمة بينما الثمن المعجل يسبب زيادة القيمة، فكيف يكلف الشفيع بالثمن الأكثر بغير مبرر له من تضخم ونحوه.

ومنه يعرف وجه النظر في قول الرياض حيث ناقش بأن الخبر المزبور لم يدل إلاّ على عدم وجوب تعجيل الثمن على الشفيع، وهو لا يستلزم وجوب الأخذ بالشفعة حالاً إلاّ على تقدير اعتبار الفورية، والمفروض عدمه، فالمتجه على هذا التخيير بين الأمرين الذين ذكرهما في المبسوط والخلاف، وبين ما ذكره الأصحاب، وهو في غاية القوة إن لم يكن إحداث قول ثالث في المسألة.

إذ فيه: إن الفورية تفهم من دليل آخر، ولا مقيد لذلك الدليل بما إذا كان الثمن مؤجلاً.

وكأنه لذا قال في الجواهر: (لكن في قول الرياض إنه لا وجه حينئذ لجواز

(١) الوسائل: ج١٧ ص٣١٦ الباب ٢ ح١.

التأخير بعد فرض مشروعية الشفعة بالأجل، ضرورة إمكان الفور بالشفعة بلا ضرر على الشفيع ولا وقع، لقوله: (والمفروض عدمه) ضرورة أن الإشكال على القول بالفورية لا على التراخي الذي يمكن معه تأخير الشفعة إلى وقت الحلول، وما سمعته من الدليل مبني على الفور، والشيخ (رحمه الله) جعل التأخر للعذر الذي لا ينافي الفورية الذي هو قد اعترف به) انتهى.

أما قوله: (نعم على التراخي) يتجه البحث أيضاً في أن له الشفعة معجلة مع بقاء الثمن في ذمته إلى الأجل أو لا، بل يؤخرها إلى الأجل لأن الذمم غير متساوية، فيرد عليه أنه لا وجه للتأخر مع فورية الشفعة، ولا ربط بمسألة الأجل مع هذه المسألة.

أما قول الجواهر: (كما أنه قد يناقش المشهور بمنافاته لما سمعته منهم من وجوب دفع الثمن أولاً، لتوقع استحقاق الشفعة عليه، أو لأنه جزء مملك أو شرط كاشف، أو لأن ذلك حكم تعبدي للشفعة وإن لم يتوقف عليه ملك، واحتمال اختصاص ذلك بغير المؤجل مجرد تهجس لا يساعد عليه شيء من الأدلة التي هي مضافاً إلى إطلاق أدلة الشفعة، قوله (عليه السلام): «هو أحق بها من غيره بالثمن»[1]، وما في المكاتبة من أنه «ليس للشفيع إلاّ الشراء والبيع الأول»[2]، وخبر علي بن مهزيار المشتمل على بطلان الشفعة بالتأخير عن الثلاثة أيام في المصر، وفي غيره بعد مضي مقدار الذهاب والإياب إليه[3]، كما عرفته سابقاً، وليس في شيء منها تعرض للثمن المؤجل) انتهى.

---

(١) الوسائل: ج١٧ ص٣١٦ الباب ٢ ح١.

(٢) الوسائل: ج١٧ ص٣٢٣ الباب ٩ ح١.

(٣) الوسائل: ج١٧ ص٣٢٤ الباب ١٠ ح١.

محل نظر، إذ اختلاف أولئك هنا دليل على الاختصاص بغير المؤجل.

والروايات لا تدل على ما ذكره الجواهر، بل على خلافه كما تقدم الإلماع إلى ذلك في قوله (عليه السلام): «هو أحق بها من غيره بالثمن»[١]، بل هو ظاهر قوله: «إلا الشراء والبيع الأول»[٢]، فإنه يدل على لزوم أن يكون الأخذ بالشفعة كالبيع الأول في جميع الخصوصيات، فإطلاق الروايتين بل غيرهما يشمل البيع المؤجل أيضاً، ولا يوجب ذلك اختلافاً في كيفية التملك بالشفعة، بل إن ذلك مقتضى أن يكون للشفيع هو البيع الأول، فقوله بعد ذلك: (على أن مقتضى ذلك اختلاف كيفية التملك بالشفعة في المؤجل وغيره والنصوص كادت تكون صريحة في اتحاد كيفيتها) محل إيراد.

كما أن قوله بعد ذلك: (وأيضاً لوك ان المراد من الثمن في النصوص المزبورة ما يشمل المؤجل لكان المتجه اعتبار جميع ما يذكر شرطاً فيه بين المشتري والبائع، من المكان والرهن والكفيل وغير ذلك، إذ لا فرق بين اشتراط الزمان لأدائه، واشتراط غيره من المكان ونحوه مما يرجع إليه، ولا أظن أحداً يلتزمه) انتهى.

محل نظر، إذ يرد عليه لزوم القول بذلك، لأن للشرط قسطاً من الثمن، فإذا شرط المشتري على الشريك خياطة ثوبه أو بالعكس أو ما أشبه، رآه العرف جزءاً من الثمن، فيشمله قوله (عليه السلام): «بالثمن»[٣]، وقوله (عليه السلام): «إلاّ الشراء والبيع الأول»[٤] ونحوها، بل هو المستفاد عرفاً من الشفعة العرفية والشارع لم يغيرها، بل قررها، فمقتضى ذلك أن تكون الشفعة الشرعية أيضاً كذلك.

---

(١) انظر الجواهر: ج٣٧ ص٣٨٨.

(٢) الوسائل: ج١٧ ص٣٢٣ الباب ٩ ح١.

(٣) الوسائل: ج١٧ ص٣١٦ الباب ٢ ح١.

(٤) الوسائل: ج١٧ ص٣٢٣ الباب ٩ ح١.

أما قوله بعد ذلك: (وأيضاً إذا فرض شمول النصوص المزبورة لمؤجل على أجله، فلا وجه للمطالبة بالكفيل بعد عدم ثبوت الحق، ودعوى اختلاف الذمم في ذلك لا ترجع إلى دليل معتبر يوافق أصول الإمامية بحيث يقطع به إطلاق الأدلة ويسقط الحق الثابت منها مع فرض تعذر الكفيل عليه، خصوصاً مع العلم بحال الشفيع، وإنما يناسب هذه الاعتبارات مذاق العامة القائلين بذلك، كأحمد ومالك والشافعي في القديم) انتهى.

محل مناقشة، فإن الكفيل من باب الاستيثاق المشمول لقوله (صلى الله عليه وآله): «لا ضرر»[1] وغيره، نعم لا يشترط الكفيل فقط، بل كل ما يرفع الضرر كالرهن وغيره.

ومنه يعلم وجه النظر في قول الجواهر أيضاً حيث قال: (وأيضاً يتجه عليه أنه لا يجب على المشتري قبوله فضلاً عن البائع لو بذله الشفيع حالاً لتعذر الكفيل مثلاً، كما لا يجب على البائع قبوله من المشتري كذلك، إذ الأجل حق لهما ويمكن أن يكون للمشتري غرض بالتأخير، وظاهر المفيد بل صريحه في المقنعة التزامه بذلك) انتهى.

إذ اللازم القول بذلك ولا ينقض كلامهم بقول المفيد (رحمه الله).

كما أن إشكال الرياض فيه بناءاً على مذهب المشهور بقوله: (ولا يبعد اللزوم عليه التفاتاً على أن الحكم بالتأجيل في حق الشفيع إنما هو مراعاةً لحقه واستخلاصاً له عن لزوم التعجيل به، فإذا أسقط حقه وتبرع بالتعجيل فلا موجب للمشتري عن عدم قبوله مع دلالة الإطلاقات على لزومه) انتهى.

غير ظاهر، لما عرفت من أنه حق لهما لا لأحدهما فقط.

(١) الوسائل: ج١٧ ص٣١٩ الباب ٥ ح١.

أما قول الجواهر: (مضافاً إلى منافاته للإرفاق بالشفيع الذي ثبتت له الشفعة مرعاة للضرر عليه، ولا ريب في حصول كمال الضرر عليه بإلزامه بالكفيل وعدم قبول الثمن حالاً منه على وجه تسقط شفعته إن لم يتيسر له ذلك) انتهى.

فغير ظاهر، حيث إن أخذ الثمن قد يكون ضرراً على المشتري، ولا ضرر الشفيع يسقط بلا ضرر المشتري، ومع تساقطهما يرجع إلى القواعد الأولية.

أما قوله: (وأيضاً قد عرفت أن الشفعة على خلاف الأصل والمتيقن من ترتب الأثر على الأخذ بها مع دفع الثمن فعلاً، بل إن لم يكن إجماع على كفاية الصبر من المشتري في ذمة الشفيع أمكن المناقشة في ثبوتها فيها على وجه يكون ديناً له على الشفيع، ويملكه بالإيجاب من الشفيع خاصة).

فيرد عليه أن الأصل لا يقاوم إطلاق الأدلة التي قد عرفت دلالتها على الأخذ بالشفعة حالاً وتأجيل الثمن والالتزام بسائر الشروط.

فقول الجواهر: (وعلى كل حال، فقد ظهر لك من ذلك كله أن المتجه حينئذ اعتبار الحلول عليه متى أخذ بالشفعة ليتم ملكه للشقص، ولظاهر قوله (عليه السلام): «أحق بالثمن»[1]، والمراد منه من حيث المقدار، وخبر ابن مهزيار[2]، وغير ذلك مما أشرنا إليه).

محل نظر، إذ قد عرفت أن الخبرين وغيرهما دال على خلاف كلامه (رحمه الله).

كما أن مما تقدم من أدلة الفورية العرفية يظهر وجه النظر فيما ذكره الجواهر أخيراً بقوله: (نعم هل يكون التأجيل للمشتري عذراً للشفيع لو أراد التأخير بشفعته من حيث الزيادة له، بناءً على الفورية، وجهان، لا يخلو أولهما من قوة، بناءً على ما تكرر منا غير مرة من أن مقتضى

---

(١) الوسائل: ج١٧ ص٣١٦ الباب ٢ ح١.

(٢) الوسائل: ج١٧ ص٣٢٤ الباب ١٠ ح١.

إطلاق الأدلة ثبوت حق الشفعة على الدوام، والضرر على المشتري بذلك هو الذي أدخله على نفسه بشرائه ما فيه الشفعة غير ملاحظ لما يسقطها، ولكن للإجماع المحكي أو غيره قلنا بسقوطها مع الإهمال رغبة عنها من حيث كونها للتأخير لا مدخل له فيما ذكرناه من الشفعة على الحلول مطلقاً) انتهى.

إذ قد عرفت أن مقتضى الأدلة، بل مقتضى العرفية أيضاً التي قررها الشارع الفورية العرفية، فليس لما ذكره من الإطلاق في حقه في الأخذ باستثناء صورة الإهمال رغبة عنها دليل، والله سبحانه العالم.

((**هل الشفعة تورث**))

(**مسألة ٢٣**): قال في الشرائع: (قال المفيد والمرتضى (رحمهما الله) الشفعة تورث، وقال الشيخ: لا تورث، تعويلاً على رواية طلحة بن زيد[1] وهو بتريّ، والأول أشبه تمسكاً بعموم الآية) انتهى.

أقول: في المسألة قولان، المشهور على أنها تورث، وغير المشهور على أنها لا تورث.

قال في مفتاح الكرامة عند قول العلّامة: (والشفعة موروثة كالمال على رأي): (هو خيرة المقنعة والانتصار والخلاف في باب البيع، والسرائر وجامع الشرائع والشرائع والنافع وكشف الرموز والتحرير والإرشاد والتبصرة والمختلف والدروس والحواشي واللمعة والمقتصر والتنقيح وغاية المرام فيما حكي عنه، وجامع المقاصد والمسالك والروضة والكفاية والمفاتيح والرياض وكذا التذكرة والإيضاح، وهو المحكي عن أبي علي، وظاهر الانتصار الإجماع عليه حيث قال: الشفعة تورث عندنا.

وفي جامع الشرائع إنه الأصح عند أصحابنا، وفي التنقيح إن عليه الفتوى، وفي السرائر إنه الأظهر من أقوال أصحابنا، وأنه مذهب المفيد والمرتضى وجملة أصحابنا.

وقصر الخلاف على الشيخ في النهاية وقال: إنه رجع في الخلاف إلى الوفاق، وقال بعد ذلك: إنما تمسك من ذهب إلى أنها لا تورث بأخبار آحاد لا توجب علماً ولا عملاً، فكيف تترك بها الأدلة والإجماع.

وفي المسالك إنه مذهب الأكثر ومنهم الشيخ في بيع الخلاف والمفيد والمرتضى وأبو علي وجملة المتأخرين.

ومثله قال في الكفاية، إلاّ أنه أبدل الجملة بالجمهور.

وفي الرياض تارة أنه

(١) الوسائل: ج١٧ ص٣٢٥ الباب ١٢ ح١.

المشهور، بل كاد يكون إجماعاً، ونسبه أخرى إلى عامة المتأخرين.

والمخالف الشيخ في النهاية والخلاف في باب الشفعة، والقاضي في المهذب وابن حمزة في الوسيلة والطبرسي فيما حكي عنه، وحكى في كاشف الرموز عن الصدوق أنه روى في المقنع والفقيه خبر طلحة(١) و لم نجده في ما عندنا من نسخ المقنع.

وفي مجمع البرهان لعله أظهر لمكان الأدلة العقلية والنقلية الدالة على المنع، ورواية طلحة مع عدم دليل واضح يفيد ذلك، إذ شمول آية الإرث(٢) بذلك غير ظاهر فتأمل.

وفي الخلاف إنه منصوص لأصحابنا، وفي المبسوط إنه المروي وإنه مذهب الأكثر ولا ترجيح فيه، كما لا ترجيح في الغنية، ولا تعرض لذلك في المراسم والكافي وفقه الراوندي، والأول هو الأقوى.

والظاهر المشهور، لعمومات أدلة الإرث، ولما رواه المسالك(٣) والمفاتيح من قوله (صلى الله عليه وآله): «ما ترك الميت من حق فهو لوارثه».

ومن المعلوم أن حق الشفعة مما ترك عرفاً، فيجب أن يدخل في هذا العموم كدخوله في سائر العمومات كسائر الحقوق، كحق الخيار وحق القذف وغيرهما، ولما تقدم مكرراً من أن حق الشفعة عرفي والشارع قرّره والعرف يرون الإرث فيه.

أما المقابل لقول المشهور، فقد استدلوا بخبر محمد بن يحيى،

---

(١) الفقيه: ج٣ ص٤٥ الباب ٣٦ في الشفعة ح٦.

(٢) سورة النساء: الآية ٧.

(٣) المسالك: ج٢ ص٢٨٠ ذيل قول الشرائع: (الشفعة لا تورث).

عن طلحة بن زيد، عن جعفر، عن أبيه، عن علي (عليهم السلام) إنه قال: «لا شفعة إلاّ لشريك غير مقاسم»[1].

وقال: إن رسول الله (صلى الله عليه وآله) قال: «لا يشفع في الحدود»[2].

وقال: «لا تورث الشفعة»[3].

والخبر كما لا يخفى صحيح سنداً، وإن كان في بعض طرقه ضعف.

ويؤيده ما رواه المستدرك عن البحار، بسنده إلى علي بن أسباط، عن ابن فضال، عن الصادق، عن أبيه، عن آبائه (عليهم السلام)، عن النبي (صلى الله عليه وآله) أنه قال: «الشفعة لا تورث»[4].

وما رواه غوالي اللئالي، عن العلامة، أنه روي عن علي (عليه السلام) أنه قال: «لا تورث الشفعة»[5].

إلاّ أن ذلك كله لا يقاوم المشهور، بل ادعى عليه الإجماع.

بل في مفتاح الكرامة: الإجماع ظاهر من الانتصار والجامع والتنقيح، بل هو معلوم من المتأخرين و لم يجزم بالخلاف المقدس الأردبيلي، فلا خلاف فيه أصلاً، بل الإجماع صريح السرائر في آخر كلامه.

ولذا قال في الجواهر ممزوجاً مع الشرائع: (الأول أشبه بأصول المذهب وقواعده التي منها عدم الخروج بمثله عن العمومات، خصوصاً بعد رجوع الشيخ في الخلاف إلى الأول في كتاب البيع المتأخر عن الشفعة، ومعلومية كون النهاية متون أخبار، ورواية الصدوق[6] له أعم من عمله به كما لا يخفى على من لاحظ كتابه، فينحصر الخلاف حينئذ في نادر، وخصوصاً بعد إضماره وموافقته للمحكي عن الثوري وأبي

---

(١) الوسائل: ج١٧ ص٣٢٥ الباب ١٢ ح١.

(٢) الوسائل: ج١٨ ص٣٣٣ الباب ٢٠ من مقدمات الحدود.

(٣) الوسائل: ج١٧ ص٣٢٥ الباب ١٢ ح١.

(٤) المستدرك: ج٣ ص١٤٨ الباب ١٠ ح١.

(٥) المستدرك: ج٣ ص١٤٨ الباب ١٠ ح٢.

(٦) النهاية، من الجوامع الفقهية: ص٣٤٤ س ١٣.

حنيفة وأحمد، ولذا قال الشرائع: (تمسكاً بعموم الآية) انتهى.

أما حمل بعضهم للخبر بأن الغالب في الورثة الإخلال بالفورية وتأخير الطلب، فلا يخفى ما فيه، كما أن احتجاج الشيخ لعدم الإرث بأن ملك الوارث متجدد على الشراء فلا يستحق شفعة، غير ظاهر، لما أجيب عنه بأنه يأخذ ما استحقه مورثه وحقه سابق فلا يقدح تجدد ملكه.

والعمدة هو إعراض المشهور قديماً وحديثاً حتى أنه لم يثبت القول به إلاّ عن نادر جداً، ومثل هذا الخبر لا يمكن العمل به، إذ هو مشمول للملاك في قوله (عليه السلام): «خذ بما اشتهر بين أصحابك ودع الشاذ النادر، فإن المجمع عليه لا ريب فيه»[1].

أما بالنسبة إلى غير الشيعة، فإن رأوا هم الشفعة سواء كانوا من المخالفين أو الكافرين حكمنا لهم بها، أما إذا لم يقولوا بالشفعة فلا نقول بها لهم، كما هو مقتضى «ألزموهم بما التزموا به».

ولو لم نعلم هل أن الميت أسقط شفعته أم لا، فالأصل البقاء، كما أنه لو لم نعلم هل أن الميت قائل بالشفعة أو لا، نقول بها.

أما إذا علمنا بأن الميت لا يقول بالشفعة، فالظاهر أخذ الوارث القائل بالشفعة بها، إذ عدم اعتقاد الميت لا يضر، فهو مثل ما إذا كان الميت يعتقد اجتهاداً أو تقليداً أنه لا يملك شيئاً، بينما وارثه يعتقد أنه كان يملكه، فإن له الحق فيه.

أما إذا انعكس بأن كان الوارث لا يعتقد بالشفعة والمورث يعتقد بها، كما في تعدد الشركاء، فلا حق للوارث في الأخذ بها.

ولو اختلف الوارث تقليداً أو اجتهاداً في حق الأخذ بها وعدمه كان لكل حكمه، ويكون حكم أخذ بعضهم دون بعض ما سيأتي.

---

(١) الوسائل: ج١٨ ص٧٥ الباب ٩ من صفات قاضي ح١.

نعم إذا كان الميت مخالفاً مثلاً أو كافراً لا يقول بالشفعة، والوارث يقول بها، لا يتمكن الوارث من الأخذ بها، إذ مقتضى إلزام الميت بما التزم به أنه لا شفعة له، وحيث لم تكن له الشفعة فلا حق حتى يرثه الوارث.

كما أنه إذا كان المورث مطلّقاً زوجته ثلاثاً في مجلس واحد بلا عدول، وكان الوارث لا يرى ذلك لكونه شيعياً، فإنه لا حق للزوجة على الوارث في النفقة، حيث إن التزام الميت بانفصال الزوجة يفصلها فلا تبقى زوجة حتى يكون لها حق على الوارث في النفقة، وإن كان بعض ذلك بحاجة إلى التأمل.

((**الشفعة على النصيب لا الرؤوس**))

(**مسألة ٢٤**): قال في الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: (وهي أي الشفعة بناءً على أنها تورث كالمال تسقط على النصيب لا الرؤوس، ولو ترك زوجة مثلاً وولداً فللزوجة الثمن وللولد الباقي بلا خلاف أجده فيه بيننا، وإن توهم ذلك من عبارة المبسوط، قال: فمن أثبت الميراث في الشفعة ورثه على فرائض الله، فإن خلف زوجة وابناً كان لها الثمن والباقي لابنه، وعلى هذا أبداً عند من قسمه على الأنصباء، ومن قسمه على الرؤس جعله بينهما نصفين[١]،[٢].

وقال في القواعد: (والشفعة موروثة كالمال على رأي، سواء طالب الموروث أم لا، فللزوجة مع الولد الثمن).

وفي مفتاح الكرامة: (خص المثال بالزوجية لدفع توهم أنها لا ترث من الشفعة من حيث إنها تحرم من الأرض عيناً وقيمةً، ومن عين الأشجار ونحوها، فلو بيعت الأرض وحدها و لم يكن للزوجة ولد فلا شفعة لها، ولو بيعت مع الأشجار والأبنية فكذلك على الأظهر إلاّ أن يكون للأرض شرب فلها الشفعة لأن لها حقاً في الماء، وقد نبه المصنف بذلك أيضاً على أن القسمة على السهام، كما طفحت به عبارات أصحابنا من غير خلاف أصلاً منهم ممن تعرض له) انتهى.

والظاهر أنه لا وجه لتقييد الجواهر عبارة الشرائع، ومفتاح الكرامة عبارة القواعد، فإن مقتضى القاعدة أن الشفعة تورث مطلقاً للزوجة كغيرها، فالزوجة لها الحق وإن لم يدخل العين في ملكها، كما ذكرنا تفصيل ذلك في كتاب الإرث، ولا منافاة بين حق الإنسان وعدم دخول شيء في ملكه، كما إذا كان حق الخيار للأجنبي.

والظاهر أن كون الشفعة على الرؤوس لا على الأنصباء والحصص قول العامة لا الخاصة، وإن كان المحكي عن المختلف أنه بعد أن ذكر ما عن المبسوط قال: إن كلامه الأخير يصير المسألة خلافية، ولعله أراد بالخلافية

---

(١) المبسوط: ج٣ ص١١٣.

(٢) جواهر الكلام: ج٣٧ ص٣٩٣.

بين العامة والخاصة مجموعاً لا بين الخاصة، ولذا قال في محكي التذكرة: (اختلف الشافعية فقال بعضهم: إن الشافعي قال: إنها على عدد الرؤوس، ونقله المزني عنه، وقال بعضهم: هذا لا يحفظ عن الشافعي، فإن الجماعة إذا ورثوا أخذوا الشفعة بحسب فروقهم قولاً واحداً، لأنهم يرثون بالشفعة عن الميت لا أنهم يأخذونها بالملك) انتهى.

فإن مقتضى القاعدة بعد كونها مورثة، أن كل إنسان يرث منه بقدر حقه لا أكثر من ذلك أو أقل، ولذا قال في الجواهر بعد نقله بعض الأقوال المذكورة والمنقولة في مفتاح الكرامة أيضاً: (ومن الغريب بعد ذلك كله ما في الرياض: من دعوى أن الحجة على ذلك غير واضحة عدا ما استدلوا به لإثبات أصل المسألة من عمومات الإرث، وهو حسن إن بلغ درجة الحجية كما ظنوه، وإلا كما ذكره بعض الأجلة[1]، ولعله لا يخلو من قوة، ففيه مناقشة والأصل يقتضي التسوية، لكن المخالف لهم غير معروف وإن ذكروه قولاً، والظاهر أنه من العامة كما يستفاد من جماعة)[2] انتهى[3].

فإنه أي أصل يقتضي التسوية مع أن الحقوق يجب أن تكون حسب اختلاف الحصص، ولا دليل خاص يخرج الحقوق عن عمومات الإرث.

وكيف كان، فمما ذكرناه يظهر وجه النظر في استثناء الجواهر بقوله: (اللهم) حيث إنه قال:

(ثم إن ذكر الزوجة في المتن وغيره لبيان أنها لا تحرم من الشفعة، وإن حرمت من بعض الأشياء، بل قد يقال: إنه لبيان أنها ترث الشفعة في العقار، وإن لم تكن ترث من الشقص الذي استحق به المورث الشفعة، فهي تشارك الورثة في الشفعة دون الشقص الذي انتقل إليه من المورث، فإن استحقاقهم الشفعة ليس للشركة ضرورة تجدد ملكهم، بل هو للإرث المشترك

---

(١) انظر مجمع الفائدة والبرهان: ج٩ ص٤٠.

(٢) رياض المسائل: ج١٤ ص١٠١ ط الحديثة.

(٣) جواهر الكلام: ج٣٧ ص٣٩٤.

بينهم وبينهما في سببه المستفاد من الكتاب والسنة، اللهم إلاّ أن يقال: إنها تمنع من الإرث للعقار وللحق المتعلق به المقتضي بانتقاله أيضاً، خصوصاً مع ملاحظة ما ورد من حكمة منعها من الإرث منه مؤيداً بأن إرث الشفعة إنما يكون بإرث سببه، والفرض عدم إرثها في الشقص الذي هو سببها) انتهى.

ولذا قال بعد ذلك: (إلاّ أن الجميع كما ترى)، وظاهره أنه مراده بالجميع ما ذكره بعد قوله: (اللهم)، نعم ذكر بعد قوله: (إن الجميع كما ترى) ما ينافي ذلك، فإنه قال: (وعليه قد يتصور إرثها للشفعة بالشركة في الشرب فإنها ترث منه ويتبعه إرثها للشفعة حينئذ).

وكيف كان، فمقتضى القاعدة كما عرفت إرثها، وأن يكون إرثها حسب الحصص، فلها الثمن أو الربع.

ولو قيل بأن المورث إذا لم يكن له أحد في كل الطبقات إلاّ الإمام، ترث الزوجة كل ما ترك فهي ترث أيضاً كل حق الشفعة فترجع الأرض إلى الميت، ويكون حالها حينئذ حال إذا ما مات الميت وترك أرضاً ولا وارث له إطلاقاً إلاّ الزوجة والإمام، كما ذكرنا تفصيل ذلك في كتاب الإرث، وأنها هل ترث الأرض أو لا ترث، وكذلك إذا كان للميت أرض فقط ووارث ومنهم الزوجة حيث إن حرمانها حينئذ من الأرض بمعنى حرمانها عن الإرث مطلقاً، لفرض أنه ليس للميت إلاّ الأرض، لانصراف الأدلة إلى ما إذا كان للميّت الأرض وغير الأرض حيث ترث الزوجة من غير الأرض ولا ترث من الأرض، أما إذا كان للميت الأرض فقط، فالزوجة ترث على ما بيّنا تفصيله في كتاب الإرث.

ثم بناءً على حقها في الشفعة وإن لم تستحق من العين، لو أخذت الزوجة

كان لهم الحق في الأخذ كلاً، ولو لم تأخذ الزوجة كان لسائر الورثة الحق في الأخذ بقدر حقهم، أي ثلاثة الأرباع مثلاً، أما بالنسبة إلى الربع الآخر فإنّ الشفعة حيث كانت حقاً للزوجة فلاحق لهم في الأخذ بقدر الربع، وحينئذ يلزم تبعض الصفقة على المشتري، فله الخيار في الرد أو الأخذ.

ولو لم يأخذ سائر الورثة بالشفعة، فإنه لا نتيجة لأخذها وعدم أخذها بالشفعة، لأن الملك لا يصح لها ولا لغيرها، أما لها فلأنها لا تملك الأرض، وأما لغيرها فلأنهم لم يأخذوا بالشفعة، ويكون الملك للمشتري كاملاً، اللهم إلاّ أن يقال: إنها لو أخذت بالشفعة بقدر حقها ولم يأخذ سائر الورثة رجع الملك إلى الميت بقدر حق الزوجة، وعليها إعطاء الثمن ربعاً أو ثمناً، وإذا دخلت الأرض في ملك الميت كانت لسائر الورثة فهي أعطت المال بدون أن تأخذ مقابلاً لها، إذ تكون الأرض المأخوذة للورثة، فإذا كان لذلك اعتبار عرفي كما ليس بالبعيد يكون لها حق الشفعة.

نعم المشتري له حق الفسخ باعتبار خيار تبعض الصفقة عليه، حيث إن الربع أو الثمن من الأرض رجع إلى الشفيع لا الكل، وقد تقدم الكلام في أن الشفيع له حق أخذ البعض وإنما يكون للمشتري خيار تبعض الصفقة، لا كما ذكره جماعة من أنه لا حق للشفيع في الأخذ بالبعض إطلاقاً، على ما نقلناه سابقاً عن الجواهر وغيره.

وبذلك كله ظهرت الصور الأربع للمسألة، من أخذ الزوجة وعدم أخذها، وعلى كل حال أخذ الورثة وعدم أخذهم.

((لو عفا أحد الوراث))

وكيف كان، فقد قال في الشرائع: (لو عفا أحد الوراث عن نصيبه لم تسقط)، وذلك لإطلاق أدلة الشفعة الشاملة للمقام.

نعم ينبغي أن يقيد بأنه للمشتري حق الخيار لتبعض الصفقة عليه كما تقدم، أما احتمال أن الوارث للشفيع الذي لا يريد حقه هنا ونفس الشفيع له أن يعوض أو يهب حقه للآخر من وارث آخر أو غريب، ففيه: إن كون حق الشفعة قابلاً للهبة والتعويض مع كون الأصل عدمه، والعرفية ليست أكثر من حق نفس الشفيع ووارثه، خلاف مقتضى القاعدة.

ثم لا يخفى وجه النظر في تعليق الجواهر حيث علق على قوله: (لم تسقط الشفعة) بقوله: (وإن قلنا بالسقوط لو وقع ذلك عن المورث الذي لا شريك له فيها، بناءً على منافاة مثله للفورية، والفرض عدم صحة التبعيض منه، بخلاف الفرض الذي قد اشترك فيه جميع الورثة فلا يسقط الحق بعفو البعض، نعم لو فرض أن الوارث واحد وعفا عن البعض سقطت، بناءً على السقوط بمثله في المورث) انتهى.

إذ قد عرفت سابقاً وجه النظر في هذا الاحتمال، وحينئذ فحال الوارث حال المورث، فكما أن المورث إذا أخذ بالبعض كان له ذلك وإن كان للمشتري خيار تبعض الصفقة، كذلك الوارث إذا أخذ بعض حقه فقط، أو أخذ حقه فقط و لم يأخذ سائر الورثة، صح ذلك، وإن كان للمشتري خيار تبعض الصفقة.

أما قول الشرائع بعد ذلك: (وكان لمن لم يعف أن يأخذ الجميع)، ففيه نظر، إذ قد عرفت أنه الشفعة لا تعوض ولا توهب، فلماذا يكون لبعض الورثة أزيد من حقه، وإن علله الجواهر بقوله: (لأن عفوه إنما يسقط استحقاقه نفسه الأخذ لا الشفعة عن مقدار حقه، لما عرفت من عدم تبعض الشفعة، والفرض أن مصدرها هنا واحد، فليست إلاّ شفعة واحدة، وإن تكثر المستحق لها على وجه توزع

عليهم على قدر النصيب لو أخذوا بها) انتهى.

وعليه فمن لم يعف له الحق في أخذ البعض مما هو حقه إن رضي المشتري و لم يأخذ بخيار تبعض الصفقة، وإلا فالأمر كما إذا أخذ نفس المورث الشفيع ببعض حقه دون بعض.

لا يقال: كيف يسقط حق وارث بإسقاط وارث آخر.

لأنه يقال: إن ذلك مقتضى الدليل، فالأكثر من ما دل عليه الدليل يحتاج إلى دليل، ولا وجود لمثل ذلك الدليل في المقام، فحال المقام حال ما إذا حرر بعض المشتركين في العبد حصته حيث تتحرر الحصص الأخرى للملاك الآخرين، ومثل ذلك موجب لتخصيص دليل سلطنة الناس على أموالهم، وكأنّه لما ذكرناه قال المحقق أخيراً: (وفيه تردد).

وعلى هذا، فالظاهر أن الوجه هو المحكي عن التذكرة حيث قال: (الوجه أن حق العافي للمشتري، لأنهما لو عفوا معاً لكان الشقص له، فكذا إذا عفا أحدهما يكون نصيبه له، بخلاف حد القذف، فإنه وضع للزجر، فلله تعالى فيه حق).

أقول: ومثل حد القذف حق القصاص، حيث إن بعض الورثة لهم حق القصاص، لكن يلزم أن يرد على ولي المقتول مثلاً التفاوت، كما ذكر في كتاب القصاص مفصلاً.

((الورثة المتعددون كالشركاء المتعددين))

وكيف كان، فحال الوراث المتعددين حال الشركاء المتعددين إذا قلنا بثبوت الشفعة مع الكثرة.

ومنه يظهر وجه النظر في قول الجواهر حيث قال: (وبذلك ظهر لك الفرق بين المقام وبين العفو من أحد الشركاء، بناءً على ثبوتها مع الكثرة لأنها باعتبار

تعدد مستحقيها أصالة كانت بمنزلة تعدد الشفعات، فيمكن القول بصحة عفو البعض بالنسبة إلى نصيبه خاصة ولا تبعيض في الشفعة، كما سمعته من أبي علي سابقاً، بل سمعت ما يقتضي قوته) انتهى.

((فروع))

ثم إنه لو عفا أحد الوراث وطالب الآخر فمات المطالب وورثه العافي فله الأخذ بالشفعة لا لما ذكره في الجواهر من (استحقاق المطالب الجميع بعد عفو العافي فبموته ينتقل استحقاقه إلى وارثه الذي هو العافي، ولا يضر عفوه السابق، لأن هذا حق آخر بسبب آخر غير الأول) انتهى.

بل لأن هذا العافي قد ورث حصة المطالب لا الجميع بعد عفو العافي عن حصة نفسه كما عرفت.

وكيف كان، فما في القواعد والمحكي من حواشيها للشهيد من الإشكال في المسألة غير ظاهر الوجه.

أما إذا قال العافي: إني لا آخذ بالشفعة إطلاقاً، لا هذا الحق الثابت لي الآن، ولا الحق الذي استحقه بعد ذلك، فالظاهر أنه لا يسقط حقه بموت المطالب الذي انتقل إليه من مورثه المطالب، إذ إسقاطه قبل ذلك إسقاط لما لم يجب بعد، ولا دليل على أن مثل هذا الإسقاط ينفع في حق الشفعة، فهو مثل ما إذا قال إنسان قبل بيع أي شيء: إني أسقطت حقي في الشفعة في كل الشفع التي تأتي بعد ذلك لي إلى آخر عمري، فإن ذلك لا يوجب إسقاط حقه، لعدم الدليل على الإسقاط.

أما إذا عفا أحد الوارث عن حقه، ثم أراد الأخذ لم يكن له ذلك، لأنه بعد السقوط لا دليل على الثبوت، فحاله حال الشفيع في أنه إذا أسقط شفعته

لم يحق له إرجاعها بعد الإسقاط وإن رضي المشتري، فإن ذلك لا يكون شفعة، وإنما أخذ الشفيع لمال المشتري بالتراضي.

ولو أسقط أحد الوارثين وأثبت الآخر، ثم ماتا، ولم يعلم أن أيهما المثبت وأيهما المسقط، فمقتضى قاعدة العدل التقسيم بين ورثتهما، وإن كان المحتمل أن يكون المجال للقرعة، إلاّ أنا ذكرنا في غير مورد أن قاعدة العدل مقدمة على قاعدة القرعة، لأن القاعدة لا تدع مشكلة حتى يتحقق موضوع القرعة.

((الشفعة للإمام مع عدم الوارث))

ثم إن القواعد قال: (ولو لم يكن وارث فهي للإمام).

وقال في مفتاح الكرامة: (ففي حال الغيبة حكمها حكم سائر الميراث لمن لا وارث له).

والظاهر أن مراده على كلا الحالين، أي سواء أخذ الشفيع بالشفعة ثم مات فإن الإمام يرث الشقص، أو أنه لم يأخذ بالشفعة حتى مات فإن الإمام يرث حق الشفعة، فإن شاء أخذه وإن شاء لم يأخذه، ولو كان الإمام شريكاً مع الوارث كالزوجة حيث لها الربع، والباقي للإمام على القول المشهور، يكون حال الإمام حينئذ حال وارث آخر مع الزوجة كالولد ونحوه لاطراد الدليل.

((المفلس والأخذ بالشفعة))

وهل للمفلس الأخذ بالشفعة، الظاهر ذلك إذا كان فيه نفع للديان، لكن المباشر لأخذ الشفعة الحاكم لمنع المفلس من التصرف في المال، ولو باع ديان المفلس شقصه فلشريكه الآخذ بها، كما أنه لو باع الحاكم الشقص لأجل دين ونحوه، أو باعت مثلاً زوجته لأجل التقاص لنفقتها كان للشريك الأخذ بالشفعة، لإطلاق الأدلة وعدم خصوصية بيع الشريك بنفسه.

قال في القواعد: ولو مات مفلس وله شقص فباع شريكه كان لوارثه الشفعة.

وفي مفتاح الكرامة: إن الشيخ والجماعة القائلين ببقائها على حكم مال الميت لم يذكروا هذا الفرع، ولعله لأنه لا شفعة له، وهو كذلك على المختار

ثم قال: لكن مثل القواعد في الفتوى ذكره التذكرة والتحرير وجامع المقاصد لأن الوارث هو المالك للشقص المتروك.

وقال في جامع المقاصد: (هذا بناءً على أن التركة تنتقل إلى الوارث، وإن استغرقها الدين) انتهى.

وقد أخذ منه الجواهر بزيادة فقال: (ولو مات مفلس وله شقص فباع شريكه كان لوارثه الشفعة، بناءً على المختار، لانتقال التركة للوارث وإن استغرقها الدين، أما على القول ببقائها على حكم مال الميت، ففي ثبوت الشفعة إشكال، وعلى تقديره ففي الأخذ بها له إشكال) انتهى.

وكأن الإشكال لاحتمال انصراف الأدلة إلى الشريك الحي، كما أن إشكاله الثاني كأن وجهه أنه لم يعلم من الأدلة أخذ غير المالك، وهنا لا مالك حتى يتمكن من الأخذ، لكن الظاهر حقه في الشفعة، لأن الانصراف بدوي، و«لا ضرر» حكمة لا علة، والآخذ الولي كما للشريك الصغير أو المجنون ونحوهما، ويؤيد ما ذكرناه عرفية الشفعة، وأن الشارع أمضاها وهم يرون الشفعة في المقام، وقد ذكرنا في كتاب الوصية وغيره أن التركة تنتقل إلى الوارث حتى مع الدين المستوعب فكيف بغيره.

ومنه يعلم أن الاحتمال الأوسط في مفتاح الكرامة هو الوجه، قال: (قد تسالم القائلون ببقائها على حكم مال الميت وغيرهم على تقدير الاستيعاب وعدمه على أن المحاكمة للوارث فيما يدعيه وما يدعي عليه، وأنه لو أقام شاهداً بدين حلف هو دون الديان، وأنه أولى بالعين إذا أرادها، ومن المعلوم أن الإنسان لا يحلف لإثبات حق غيره، فيكون مستثنى، فإثبات الشفعة له هنا إما

لأنها مستثناة كذلك، وإما لأنه يملك بمجرد ذلك، أو لأنه ولي الميت، فكان له أن يأخذها كولي الطفل) انتهى.

فإن الظاهر أن قوله: (وإما لأنه يملك بمجرد ذلك) هو مقتضى الأدلة.

ثم إنا قد ذكرنا في كتاب القضاء وغيره أن كون الإنسان لا يحلف لإثبات حق غيره، غير ظاهر الوجه على كليته، فإن هناك بعض الموارد يحلف الإنسان لإثبات حق غيره.

((مما لا شفعة فيه))

ثم قال القواعد: (ولو بيع بعض ملك الميت في الدين لم يكن لوارثه المطالبة بالشفعة).

وقال في مفتاح الكرامة: (كما في المبسوط والتذكرة والتحرير والدروس وجامع المقاصد، فإنه قال في الأخير: لأن البيع في الحقيقة لملك الوارث، وقال في المبسوط: لأن ملك الورثة بمترلة المتأخر عن البيع والملك الحادث بعد البيع لايستحق به الشفعة) انتهى.

لكن حيث قد عرفت أن الأقوى القول بالانتقال إلى الوارث حتى في الدين المستوعب، فاللازم أن يقال بحقه في الشفعة.

قال في الجواهر: (ولو بيع بعض ملك الميت في الدين لم يكن لوارثه المطالبة بالشفعة، بناءً على أن التركة ملك له، بل وعلى القول بأنها على حكم مال الميت، وأنه لا يملك شيئاً منها إلاّ بعد قضاء الدين، ضرورة تجدد ملكه حينئذ بعد البيع فلا يستحق شفعة، نعم لو قلنا بأنه يملك الزائد عن قدر الدين اتجه احتمال ثبوتها له لأنه شريك حينئذ).

أقول: مقتضى القاعدة أن الوارث يملك التركة كلاً، لا الزائد فقط، وعليه

اللازم أن يقال لعدم الشفعة، ولذا قال مفتاح الكرامة في تفسير كلام القواعد: إن (معناه أنه ليس بمالك الآن، لأن التركة على حكم مال الميت، ولا يملك الوارث إلاّ بعد قضاء الدين، فيكون ملكه متأخراً، ولو قلنا: إن الوارث يملك الزائد عن قدر الدين قام احتمال ثبوتها، لأنه شريك)[1].

وكذا لو كان الوارث شريكاً للموروث فبيع نصيب الموروث في الدين.

وفي مفتاح الكرامة: (أي لا شفعة له، كما في التذكرة والتحرير والدروس وجامع المقاصد، لأن البيع ماله كما في جامع المقاصد، وإن قلنا: إنها باقية على حكم مال الميت ثبت الشفعة، وبه صرح في المبسوط جازماً به لأنه الآن غير مالك، بل هو شريك)[2] انتهى.

وقد تبعهم في عدم الشفعة في هذه الصورة الجواهر، وهو كما ذكروه، فإن الوارث بمجرد موت الموروث يملك تركته فيكون كل التركة للوارث، فليس هناك شريكان حتى إذا بيع الشقص يكون له الشفعة.

نعم إذا كان شريكاً مع الموروث، ولو كان كافراً فأسلم فيما يأمره الإمام بالإسلام ليرث، جاءت الشفعة لإطلاق أدلتها.

((إذا وصى بالشقص))

قال في القواعد: (ولو اشترى شقصاً مشفوعاً ووصى به ثم مات فللشفيع أخذه بالشفعة لسبق حقه، ويدفع الثمن إلى الورثة وبطلت الوصية لتعلقها بالعين لا البدل).

وفي مفتاح الكرامة: (كما في التذكرة والتحرير والدروس وجامع المقاصد، لأن الوصية به لا تزيد عن بيعه ووقفه ونحو ذلك، بل هي أخف، وقد تقدم أن للشفيع الأخذ بشفعته لسبق حقه، وإبطال جميع ذلك) انتهى.

وتبعه في الجواهر فقال: (لو اشترى شقصاً مشفوعاً وأوصى به ثم مات، فللشفيع أخذه بالشفعة لسبق حقه، ويدفع الثمن إلى الورثة، وبطلت الوصية التي

---

(١) مفتاح الكرامة: ج١٨ ص٧١٣ ط الحديثة.

(٢) مفتاح الكرامة: ج١٨ ص٧١٣ ط الحديثة.

هي ليست أولى من الوقف لتعلقها بالعين لا البدل)[1]، لكن الظاهر أن الثمن يصرف في الوصية إذا كان ارتكاز، كما قالوا به في الوقف إذا بطل رسمه، حيث إن ثمنه يصرف في شيء مماثل، وعليه أمكن أن يقال مثل ذلك فيما لو وقف المشتري يبعد البطلان فإطلاق البطلان في الوقف والوصية إنما يكون إذا لم يكن ارتكاز).

نعم إذا شك في وجود الارتكاز بأن لم يكن عرفياً حتى يؤخذ به، كان الأصل البطلان عيناً وبدلاً للأصل.

قال في القواعد: (ولو وصى لإنسان بشقص فباع الشريك بعد الموت قبل القبول استحق الشفعة الورثة، ويتحمل الموصى له إن قلنا إنه يملك بالموت).

قال في مفتاح الكرامة: (الوجهان مبنيان على أن القبول حيث هو كاشف كما هو المشهور، أو ناقل، وبيانه أنه لو أوصى بشقصه لزيد، ثم مات فباع شريكه حصته من آخر قبل قبول الموصى له وردّه، ففي مستحق الشفعة وجهان، بل قولان:

أحدهما: إنه الورثة، لأن الملك ينتقل إليهم بالموت، ولا يستحق الموصى له إلاّ بالقبول، وهذا مبني على أن القبول ناقل.

والثاني: إن المستحق هو الموصى له، وهو مبني على أن القبول يكشف عن الملك بالموت، كما أن عدمه ينكشف بالرد، فالنماء المتجدد بين الموت والقبول للوارث على الأول، وللموصى له على الثاني، وقد صرح بالاحتمالين على بنائهما على الأمرين في التذكرة والتحرير والدروس وجامع المقاصد) انتهى.

لكن الظاهر أن القبول كاشف لا ناقل، فإنه هو العرفي الذي أمضاه الشارع

(١) جواهر الكلام: ج٣٧ ص٣٩٧.

بإطلاق أدلة الوصية، وعليه فالنماء المتجدد أيضاً للموصى له لا للوارث، فأخذ الوارث للشفعة لا ثمرة له، كما أن أخذ الموصى له بالشفعة ولو قبل قبوله بزعم أنه له أخذ الشفعة سبب لانتقال الملك إليه بعد قبوله.

ومنه يعلم وجه النظر في قول القواعد حيث قال بعد كلامه المتقدم: (فإذا قبل الوصية استحق المطالبة، لأنا بينا الملك كان له ولا يستحق المطالبة قبل القبول، ولا الوارث لأنا لا نعلم أن الملك له قبل الرد، ويحتمل مطالبة الوارث لأن الأصل عدم القبول وبقاء الحق) انتهى.

إذ قوله: (لأنا لا نعلم) فيه نظر، فإن عدم العلم لا يلازم عدم الواقع، فإذا كان القبول كاشفاً كان المطالبة قبل القبول واقعة في موقعها فينتقل الشقص إليه. ومنه يعلم أن قوله: (يحتمل مطالبة الوارث) غير وجيه.

والحاصل أن الموصى له لو قبل كانت الشفعة له، سواء طالب بالشفعة قبل القبول أو بعده، وإذا رد الموصى له كانت الشفعة للوارث، ولذا رده الجواهر، وإن كان في بعض كلماته نظر، قال بعد نقله كلام القواعد:

(فيه: إنه مع اعتبار الرد في تملكه أيضاً مقتضى الأصل عدمه، فهو حينئذ مملوك لمالك في الواقع غير معين، وعدم القبول الذي يدعي أصالة عدمه مرجعه إلى أمر وجودي وهو إنشاء عدم إرادته لا السكوت، فإذا مات انتقل إلى وارثه، وهكذا تملك كل منهما في الحقيقة متوقف على أمر وجودي مقتضى الأصل عدمه، لأن الموت صالح لتمليك الموصى له، ولتمليك الوارث لمكان الوصية المستعقبة للقبول والرد، فليس هناك حق لأحدهما يستصحب بقاءه، وعلى تقدير استحقاقه المطالبة لو طالب ثم قبل الموصى له افتقر إلى الطلب ثانياً لظهور عدم استحقاق المطالب، ولو لم يطالب الوارث حتى قبل الموصى له فلا شفعة للموصى له،

بناءً على النقل، ففي الوارث وجهان مبنيان على ثبوتها لمن باع قبل العلم ببيع شريكه وعدمه، أقواهما الثبوت) انتهى.

والحاصل: إن الملك إما أن يبقى على ملك الميت وهو خلاف بنائهم، وإما أن ينتقل إلى الموصى له إذا قبل، وإما أن ينتقل إلى الوارث إذا لم يقبل، وقول لهذا أو لذاك يؤثر في النماء وفي حقه للشفعة ولا مجال للاستصحاب لا في هذا الجانب ولا في ذلك الجانب.

وعليه فإذا رد الموصى له وقد قبل الشفعة قبل الرد لم يكن له الشفعة وإنما يكون للوارث، كما أن الوارث إذا أخذ بالشفعة، ثم قبل الموصى له الوصية بطلت شفعته، وإنما الشفعة للموصى له، وإذا لم يعلم هل رد الموصى له أو قبل كان مقتضى القاعدة التمسك بإطلاق أدلة (ما تركه الميت فلوارثه)، لأنه لم يعلم أن الوصية هنا نافذة، فهو من الشك في المقيد مما يوجب التمسك بإطلاق الدليل، وليس هذا من التمسك بالعام في الشبهة المصداقية، وإنما من التمسك بالعام فيما شك في وجود القيد وعدمه.

((إذا باع الشفيع نصيبه))

(مسألة ٢٥): قال في الشرائع: (إذا باع الشفيع نصيبه بعد العلم بالشفعة، قال الشيخ: سقطت شفعته، لأن الاستحقاق بسبب النصيب، أما لو باع قبل العلم لم تسقط، لأن الاستحقاق سابق على البيع، ولو قيل ليس له الأخذ في الصورتين كان حسناً) انتهى.

لا يخفى أن مثل البيع سائر أنواع النقل كالهبة والصلح والوقف، أما مثل الرهن والعارية والوديعة فلا إشكال، لأن الملك باق، ولا يأتي فيها التعليل المذكور في البيع ونحوه.

وكيف كان، ففي المسالك: (إذا باع الشفيع نصيبه قبل أن يأخذ بالشفعة، فإن كان بيعه بعد العلم بها وحصول شرائط فوريتها على القول بها فلا إشكال في بطلان شفعته، لأن اشتغاله على الأخذ بالبيع مخل بالفورية المعتبرة فيها، وإن كان قبل ثبوت الفورية فيها حينئذ كما لو لم يكن عالماً بمقدار الثمن أو جاهلاً بالفورية ونحو ذلك فباع، أو باع غير عالم بالشفعة ففي بقائها مطلقاً أو زوالها أو التفصيل أقوال:

أحدها: وهو الذي اختاره المصنف، عدم البطلان مطلقاً، لأن الاستحقاق ثبت بالشراء سابقاً على بيعه، فيستصحب لأصالة عدم السقوط ولقيام السبب المقتضي له وهو الشراء فيجب أن يحصل المسبب.

وثانيها: سقوطه في الموضعين، وهو اختيار العلامة وجماعة، لأن السبب في جواز الأخذ ليس هو الشراء وحده، بل هو مع الشركة، وقد زال أحد جزئي السبب فيزول، ولا يكفي وجودها حال الشراء، لظاهر قوله (عليه السلام): «لا شفعة إلاّ لشريك غير مقاسم»[1].

(١) الوسائل: ج١٧ ص٣١٧ الباب ٣ من الشفعة ح٧.

فلو أثبتنا له الشفعة بعد البيع لأثبتناها لغير شريك مقاسم، والجهل مع انتفاء السبب لا أثر له.

وثالثها: التفصيل بالجهل بالشفعة حال البيع والعلم، فيثبت في الأول دون الثاني، وهو قول الشيخ، لأن البيع بعد العلم يؤذن بالإعراض عنها، كما إذا بارك أو ضمن الدرك، بخلاف ما إذا لم يعلم فإنه معذور) انتهى.

ومقتضى القاعدة هو الثبوت في الموضعين، وإن ناقش مفتاح الكرامة وتبعه الجواهر في أن هذا هل هو قول المحقق أم لا، لاحتمالهم وجود كلمة (ليس) في أخير عبارته، بأن تكون العبارة هكذا: (ولو قيل ليس له الأخذ في الصورتين كان حسناً)، فإن أدلة القول بالسقوط من أن البيع بعد العلم يؤذن بالإعراض عنها، كما وأن الاستحقاق بسبب الضرر الذي انتفى بسبب البيع وظهور قوله: «لا شفعة إلاّ لشريك غير مقاسم»[1]، في اعتبار حصولها حال الشفعة، وإلاّ لثبت لغير شريك، كلها غير تام.

إذ البيع لا يؤذن بذلك، كما أن الضرر حكمة لا علة، وكون البيع صدر حين كون الشريك غير مقاسم فلا وجه لسقوط الشفعة بعد ثبوتها، ولذا ناقش فيها الجواهر قائلاً:

(قد يناقش بمنع الإيذان المزبور، ضرورة أعمية البيع منه، وبأن المسلّم من جزئية الشركة للسبب وصولها حال البيع لا بقاؤها إلى حال الأخذ، فإن النصوص إنما هي في بيان موضوع استحقاق الشفعة لا أخذها، ودعوى ظهورها في اعتبار بقاء وصف الشريك غير المقاسم حال الأخذ واضحة المنع، بل صريح كلامهم باستحقاق الشفعة بالشريك، وإن حصلت القسمة الشرعية مع الوكيل أو غيره، والضرر إنما هو

(١) الوسائل: ج١٧ ص٣١٧ الباب ٣ من الشفعة ح٧.

حكمة لا علة، والظاهر من الخبر المزبور قد عرفت أنه حين تعلقها للعين الأخذ بها، وليس ذلك إثباتاً لها لغير شريك، بل هو استدامة لثبوتها حال الشركة، فالأقوى عدم السقوط مطلقاً مع أنه لا وحشة من الانفراد مع الحق، كما لا أنس بالكثرة مع الباطل) انتهى.

وكأنه أشار بذلك إلى ما نقله مفتاح الكرامة من بطلان الشفعة إذا باع بعد العلم بها من المبسوط والمهذب والوسيلة والشرائع وجامع الشرائع والتذكرة والتحرير والإرشاد والدروس وجامع المقاصد ومجمع البرهان والمسالك، ثم قال: (وما حكيناه من الشرائع من البطلان هو الموجود في نسخ ثلاثة مصححة محشاة، فإن فيها: ولو قيل ليس له الأخذ في الصورتين كان حسناً، لكن الموجود في المسالك: ولو قيل له الأخذ، من دون لفظة: ليس، ولم يثبت ما في المسالك، والظاهر وجود غلط في نسخته، أو زاغ نظره الشريف عنه، ويشهد لذلك شهادة الشهيد لذلك) انتهى.

وكيف كان، فلو لم نعلم هل علم الشفيع بالشفعة أم لا، فيما قلنا بالتفصيل بين الصورتين، كان أصالة عدم العلم أو عدم سقوط الشفعة محكماً.

وعليه فإذا ادعى المشتري عليه العلم وأنكر، توجه إليه الحلف، ولو مات وقال وارثه: لا أعلم هل كان يعلم أم لا، توجه إليه الحلف على نفي العلم.

ثم إن مفتاح الكرامة قال عند قول العلامة: (أما لو باع الشفيع نصيبه قبل علمه، ففي البطلان إشكال ينشأ من زوال السبب، ومن ثبوته وقت البيع)[1]: (ونحوه ما في التحرير والحواشي والدروس من عدم الترجيح مع الميل في الأخير إلى البطلان، وهو خيرة الإرشاد والمختلف وجامع المقاصد ومجمع البرهان، وفي المسالك أنه لا يخلو من قوة)[2].

---

(١) قواعد الأحكام: ج٢ ص٢٥٨.

(٢) مفتاح الكرامة: ج١٨ ص٦٩٩ ط الحديثة.

وقال في المبسوط: إن الأقوى عدم البطلان، وبه جزم في جامع الشرائع وظاهر الوسيلة.

وكيف كان، فقد عرفت أن الأقوى ما اختاره المحقق على هذا الاحتمال، وتبعه الجواهر.

ثم قال الشرائع على قول الشيخ (رحمه الله): لو باع الشريك وشرط الخيار للمشتري ثم باع الشفيع نصيبه، قال الشيخ: الشفعة للمشتري الأول، لأن الانتقال تحقق بالعقد، ولو كان الخيار للبائع أو لهما فالشفعة للبائع الأول، بناءً على أن الانتقال لا يحصل إلاّ من قضاء الخيار) انتهى.

قال في المسالك: هذا التفريع مبني على أن انتقال المبيع مع اشتمال البيع على خيار هل يحصل للمشتري مطلقاً، أم ينتفي عنه مطلقاً، فيه تفصيل، وقد تقدم النقل عن الشيخ أن الخيار إن كان للمشتري وحده انتقل إليه الملك زمن الخيار، وإن كان للبائع أو لهما لم ينتقل إليه إلاّ بانقضاء الخيار، فيتفرع عليه أن الخيار متى كان للمشتري وحده فباع الشفيع نصيبه بعد العلم سقطت وثبتت للمشتري الأول لانتقال الملك إليه، وإن كان الخيار للبائع أو لهما فالشفعة للبائع، لأن الملك لم ينتقل عنه، فهو الشريك حقيقة، وعلى قوله الذي حكيناه عنه في الخلاف من أن الخيار إذا كان للمشتري وحده ينتقل الملك عن البائع ولا يثبت للمشتري فلا شفعة لأحدهما لانتقاء الملك عنهما. لكن هذا قول ضعيف جداً، لاستحالة بقاء الملك بغير مالك وانتفاء مالك آخر غيرهما، والأصح أن الشفعة للمشتري مطلقاً، بناءً على أن انتقال الملك إليه مطلقاً[1].

وقد تبع المسالك الجواهر فيما ذكره كما لا يخفى على من راجع كلامه.

وحيث قد ذكرنا في كتاب البيع انتقال المبيع مطلقاً إلى المشتري، سواء

(١) مسالك الأفهام: ج١٢ ص٣٤٦.

كان الخيار لهذا أو لذاك أو لثالث أو لهما أو لأحدهما مع ثالث أو لهما مع ثالث، فمقتضى القاعدة أن الخيار لا يؤثر شيئاً في عدم الشفعة للشريك، فالشفيع يأخذ الشفعة من المشتري على ما تقدم في بعض المسائل السابقة التي ذكرنا فيها مسألة الخيار.

ولو باع الشفيع كان للمشتري الأول أخذ المبيع من المشتري الثاني، سواء جعل الشفيع في بيعه الخيار أم لا.

((لو باع الشقص في مرض الموت))

(مسألة ٢٦): قال في الشرائع: (لو باع شقصاً في مرض الموت من وارث وحابى فيه فإن خرج من الثلث صح، ولكن للشريك أخذه بالشفعة، وإن لم يخرج صح منه ما قابل الثمن، وما يحتمله الثلث من المحاباة إن لم تجز الورثة، وقيل: يمضي في الجميع من الأصل ويأخذه الشفيع، بناءً على أن منجزات المريض ماضية من الأصل) انتهى.

قال في المسالك: (ولا فرق عندنا بين كون المشتري وارثاً أو أجنبياً، ونبه المصنف بتخصيصه بالوارث على خلاف العامة حيث اختلفوا في المحاباة مع الوارث، فمنهم من حكم بصحة البيع ومنعوا الشفعة، ومنهم من منعهما، ومنهم من أثبتهما، إلى غير ذلك من اختلافهم. ولو قال المصنف: من وارث وغيره لكان أجود من التخصيص بالوارث، لأن لا يتوهم أن غير الوارث حكمه ليس كذلك)، وتبعه الجواهر فيما ذكره وهو واضح.

وكيف كان، فإن قلنا: إن المنجزات صحيحة فلا إشكال، ولو قلنا: بأن المنجزات غير صحيحة على إطلاقه، لكن كان المحاباة بقدر الثلث أو الأقل أيضاً صح، وكذلك الحال في الصحة لو كان أكثر من الثلث لكن أجازت الورثة.

أما لو قلنا: إن المحاباة غير صحيحة مطلقاً، بل إنما تصح بقدر الثلث وكانت أكثر من الثلث والورثة لم يجيزوا، فاللازم أن يكون البيع صحيحاً بقدر الثمن وبقدر الثلث، أما الأكثر فليس بصحيح، ولذا يتمكن الشريك من أخذ الشفعة بالنسبة، فلو فرض مثلاً كون قيمة الشقص مائتين فحابا وباعه بمائة وليس له سواه، صح البيع في خمسة أسداسه التي هي النصف والثلث، وبطل في

السدس الذي لم يقابله ثمن، فيأخذ الشفيع إن شاء خمسة أسداسه بكل الثمن، لأن الأصل لزوم البيع من الجانبين، خرج منه ما زاد عن الثلث مما لا عوض عنه فيبقى الباقي، ولأن ذلك بمترلة بيع وهبة فالبيع منه ما قابل الثمن والهبة ما زاد فنفذ في الثلث منه ويبطل في الباقي كما في الجواهر.

ومنه يعلم حال ما إذا أجاز الورثة بعض المحاباة دون بعض، كما إذا أجاز الورثة نصف السدس في المثال، حيث يبطل في النصف الآخر من السدس، أما لو صارت قيمة الدينار مثلاً ضعفاً بالتضخم، أو قيمة المتاع نصفاً بالتترل، وقلنا بتأثيرهما بالشفعة كما لم نستبعده سابقاً، لوحظ في قدر المحاباة، مثلاً إذا صار المائة خمسين صحت الشفعة كاملة بدون بطلان السدس وهكذا.

لكن لا يخفى أنه إذا صار بقدر ثلثه محاباة فرض كأن الشريك أعطاه إلى المشتري مجاناً، ولو حفظ مسألة التضخم والتترل باستثناء الثلث، لكنا حيث ذكرنا في كتاب الوصية وغيره أن منجزات المريض من الأصل، وأنه لا فرق بين المريض والصحيح لا يبقى مجال لهذه الفروع.

ويرد هنا إشكال آخر ذكره الجواهر وغيره، تبعاً للعلامة والمحقق والشهيد الثانيين وغيرهم في الربوي، حيث إن في الربوي إذا كان جميع تركة الميت كراً من طعام مثلاً قيمته ستة دنانير فباعه بكر رديء قيمته ثلاثة، فإن الحكم بصحة ما قابل الثمن منه والثلث والبطلان في السدس يستلزم الربا، ضرورة كونه حينئذ خمسة أسداس كر بكر، فاللازم المطابقة بين العوضين في المقدار مع إيصال قدر العوض والثلث للمشتري، فيرد على الورثة ثلث كرهم وقيمته ديناران ويردون عليه ثلث كره وقيمته دينار، فيصح البيع في ثلثي كل واحد منهما بثلثي الآخر.

ومثله يأتي في المقام في مسألة الدار المزبورة، حيث يلزم أن يقال بصحة البيع في ثلثيها بثلث مائه فيأخذ الشفيع ذلك به إن شاء على شرط أن يريد المشتري، لأنه تبعض الصفقة عليه، وإلا فله الفسخ أيضاً.

وذلك لأن فسخ البيع في بعض المبيع يقتضي فسخه في قدره من الثمن، لوجوب مقابلة أجزاء المبيع بأجزاء الثمن، فكما لا يجوز فسخ البيع في جميع المبيع مع بقاء الثمن، فكذا لا يجوز فسخ بعض المبيع مع بقاء جميع الثمن.

فإن مقتضى البيع المقابلة بين أجزاء المبيع وأجزاء الثمن حتى قالوا: إن للشرط قسطاً من الثمن أيضاً، لأن العقلاء إنما يقدمون على ذلك باعتبار أن الأجزاء مقابلة للأجزاء، وحتى الأجزاء الاعتبارية كالقيد والشرط وما أشبه، فإذا امتنع ذلك وجب الفسخ فيهما، لأن المانع في الموضعين هو بقاء أحد المتقابلين بدون المقابل الآخر.

كما لو اشترى سلعتين فبطل البيع في إحداهما، فإن المشتري يأخذ الأخرى بقسطها من الثمن فيها إذا كانتا جزئي البيع لا فيما إذا كان كل واحد بيعاً مستقلاً وإنما هما في صورة بيع واحد.

كما ذكرنا ذلك في بعض مباحث الفقه، وأنه قد يعتبر الإنسان الشيئين جزئين لبيع واحد، وقد يعتبر كل واحد بيعاً مستقلاً وإنما هما داخلان في صيغة واحدة، كما في باب النكاح حيث إنه لو تزوج بامرأتين في صيغة واحدة يكون لكل واحدة نكاح مستقل لا أنهما جزءا نكاح، وفي الطلاق مثلاً حيث تكونان مطلقتين بطلاقين، وإن كان في الصورة واحداً لا أنهما جزئي طلاق.

وبذلك يبطل ما تقدم من أنه في مسألة الدار يأخذ الشفيع إن شاء خمسة أسداسه

بكل الثمن لأصالة لزوم البيع من الجانبين خرج منه ما زاد عن الثلث مما لا عوض عنه، فيبقى الباقى محكوماً بالدليل، لأن الدليل مقدم على الأصل.

ولذا جعل الأصح في المسالك أن لا يبطل من المبيع شيء إلاّ ويبطل من الثمن مايقابله، ثم قال: فتكون المسألة دورية حيث إنه لا يعرف قدر ما يصح البيع إلاّ بعد أن يعرف مقدار التركة ليخرج المحاباة من ثلثها، ولا يعرف مقدار التركة إلاّ إذا عرف قدر الثمن لأنه محسوب منها لانتقاله إلى ملك المريض بالبيع.

وطريقه في المثال المذكور أن يقال: صح البيع في شيء من الشقص بنصف شيء يبقى مع الورثة ألفان إلاّ نصف شيء، وذلك يعدل مثلي المحاباة وهي نصف شيء، فمثلاها شيء، فإذا أجبرت وقابلت يكون ألفان معادلين بشيء ونصف الشيء من شيء ونصف ثلثاه، فعلمنا أن البيع صح في ثلثي الشقص وقيمته ألفان وثلاثمائة وثلاث وثلاثون، والثلث يبلغ الثمن، وهو نصف هذا المبلغ المحاباة ستمائة وستة وستين وثلاثين، يبقى للورثة ثلث الشقص وثلثا الثمن وهما ألف وثلثمائة وثلاث وثلاثون وثلث، وذلك ضعف المحاباة.

والحاصل أن هذه المسألة وأمثالها من المسائل الدورية تخرج بالجبر والمقابلة، وأصولها كما ذكر في الكتب الحسابية في جانب الصعود الشيء والمال والكعب، ومال المال ومال الكعب، وكعب الكعب، ومال مال الكعب ومال كعب الكعب، وكعب كعب الكعب، ومال مال كعب الكعب وهكذا.

وفي جانب النزول جزء الشيء، وجزء المال، وجزء الكعب، وجزء مال المال، وجزء مال الكعب، وجزء كعب الكعب، وجزء مال المال الكعب، وجزء مال كعب الكعب، وجزء كعب كعب الكعب، وجزء مال مال كعب الكعب وهكذا.

فيسمى المجهول بالشيء ومضروبه في نفسه بالمال، وفيه بالكعب، وفيه مال مال، وفيه مال كعب، وفيه كعب كعب، وهكذا إلى غير النهاية يصير مالين وكعباً، ثم أحدهما كعباً، ثم كل منها كعباً، فسابع المراتب مال مال الكعب، وثامنها مال كعب الكعب، وتاسعها كعب كعب الكعب، وهكذا.

ومن الواضح أن الكل متناسبة صعوداً ونزولاً، فنسبة مال المال إلى الكعب كنسبة الكعب إلى المال، والمال إلى الشيء، والشيء إلى الواحد، والواحد إلى جزء الشيء، وجزء الشيء إلى جزء المال، وجزء المال إلى جزء الكعب، وجزء الكعب إلى جزء مال المال، إلى غير ذلك، كما هو كذكور في كتاب (خلاصة الحساب) للشيخ البهائي (رحمه الله) وغيره.

إلى غير ذلك من المباحث الجبرية، كما أنه أحياناً يمكن استخراج مثل هذه المسائل في هذا الباب بواسطة حساب الخطئين، أو بواسطة الأربعة المتناسبة.

وفي الجواهر أنه يمكن معرفة حاصل مثل هذه المسألة بطريق ثان، وهو إسقاط الثمن من قيمة المبيع ونسبة الثلث إلى الباقي، فيصح البيع بقدر تلك النسبة، ففي المثال المذكور بالنسبة إلى الدار تسقط المائة التي هي الثمن من قيمة المبيع وهو المائتان فيبقى مائة، وينسب ثلث التركة ــ وهو ستة وستون وثلثان ــ إلى الباقي بعد الإسقاط وهو المائة فيكون ثلثين، فيصح البيع في الثلثين بثلثي الثمن.

ثم إن المسألة وإن كانت مذكورة في الشرائع وشروحه والقواعد وشروحه وغيرها بالنسبة إلى البيع، إلاّ أن المسألة هي مسألة المحاباة ولو لم يكن بيعاً كالهبة المحاباتية والصلح المحاباتي وغيرها من سائر أنواع المعاملات المشتملة على المحاباة لأن الملاك في الكل واحد.

لكن حيث ذكرنا أن منجزات المريض ماضية من الأصل لم يكن مجال لهذه الفروع، كما ألمعنا إليه أول المسألة، خلافاً للجواهر وغيره حيث قال في الجواهر: (قد بيننا فساد أن منجزات المريض ماضية من الأصل)، ولذا فهم محتاجون إلى هذه الفروع.

((**إذا صالح على ترك الشفعة**))

(**مسألة ٢٧**): إذا صالح الشفيع على ترك الشفعة صح وبطلت الشفعة، لأنه حق مالي فينفذ فيه الصلح. كذا في الشرائع.

وفي القواعد: ولو صالحه على ترك الشفعة بمال صح وبطلت الشفعة.

وفي مفتاح الكرامة في شرحه: كما في الخلاف والمبسوط والسرائر والشرائع وجامع الشرائع والتذكرة والتحرير والإرشاد وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان والكفاية.

وكذا الدروس، وفي المفاتيح نسبته إلى القيل، وظاهر المبسوط والتذكرة الإجماع عليه حيث قيل فيهما: عندنا، ثم علّله بأنها حق مالي ثابت فيجوز عليه الصلح.

ثم إن الصلح على وجوه:

الأول: ما تقدم في عبارة الشرائع.

الثاني: أن يوقع الصلح على أن يوجد المسقط بعد الصلح كغيره من الأعمال.

الثالث: أن يوقع الصلح أن لا يأخذ بالشفعة، وإن كانت هي حقاً له.

الرابع: أن يوقع الصلح على أن يصدق معاملة المشتري مع غيره معاملة على الشقص كأن يبيع المشتري لإنسان أو يهبه له أو ما أشبه ذلك.

والظاهر أن كل ذلك يوجب إسقاط الحق بناءً على أنه لا يتمكن من الأخذ بالحق بعد ذلك، فإذا لم يسقط الحق في الثاني، أو أخذ بالشفعة في الثالث، أو لم يصدق معاملة المشتري في الرابع، لم ينفذ أخذه بالشفعة لأنه ملزم بالإسقاط وعدم الأخذ

وتصديق عمل المشتري، فخلاف ذلك خلاف ما ألزمه الشارع به، فلا يؤثر الصلح بعد أن يكون دليل الصلح ظاهراً في الوضع بالإضافة إلى التكليف.

من غير فرق بين أن يكون الصلح مع بائع الشقص أو مع المشتري أو مع أجنبي، لوحدة الدليل في الجميع.

وربما أشكل في أصل الصلح بدعوى الشك في مشروعية الصلح على الوجه المزبور، وبأنه لو شرع هنا لشرع في الطلاق والنكاح والتحرير والوقف، كما ذكرهما الجواهر، وبأنه ينافي الفورية المطلوبة في الأخذ بالشفعة، فإذا صالح فقد سقطت شفعته، كما ذكره في جامع المقاصد.

وفيه: إنه لا وجه للشك بعد الإطلاق.

أمّا بالنسبة إلى الإشكال الثاني، ففيه: إن ما كان تلقي من الشرع احتياجه إلى كيفية خاصة كالنكاح والطلاق والوقف والتحرير لا يمكن أن يصالح عليه، بأن يفيد الصلح فائدته، أما غيره حيث يراه العرف مؤدياً بالصلح يشمله إطلاق أدلة الصلح، فليس ذلك من التمسك بالحكم لإثبات الموضوع، كما ربما يتوهم.

وأما الثالث: فلما أجاب عنه في جامع المقاصد بأنه قد علم أن ما اقتضته القاعدة لا يقدح فيه مثل السلام والدعاء، كما أنه يتصور الصلح مع الوكيل فإن التراخي من قبله على خلاف المصلحة لا يبطل حق الموكل.

بل في مفتاح الكرامة: قد يتصور بأن يصالح الشفيع المشتري قبل أن يعلم بثمن المبيع، كما إذا كان المشتري وكيله ولما يأت إليه ويخبره، أو بأن يصالح الولي والغبطة في الأخذ على المشهور، أو والغبطة في الصلح على مختار الخلاف.

ولعل الاتفاق الذي ذكره الجواهر على فائدة الصلح للطلاق والنكاح والتحرير والوقف مأخوذ مما ذكرناه، وتفصيل الكلام في ذلك في كتاب الصلح.

وما يمكن أن يستشكل به من عدم سقوط حق الشفيع مع أنه لا يوجب السقوط فله الأخذ بالشفعة وإن أثم، غير وارد، لما ذكره الجواهر بقوله:

(إلاّ أن الأول مع فرض عدم وفائه بما عليه من إنشاء المسقط الذي يفرض توقف السقوط لا يحصل به السقوط حينئذ، لكن لو فعل المصالح ضد ما صولح عليه بأن أنشأ ما يقتضي الأخذ بالحق يترتب على ذلك أثره، وإن أثم بعدم الوفاء بالأول، أو لا أثر له بعد أن ملك عليه غيره بعقد الصلح، وجهان أقواهما الثاني.

وربما يؤيده ما ذكروه في اشتراط عدم العزل في الوكالة، وفي اشتراط تحرير العبد فباعه مثلاً أو بالعكس، بل وما ذكروه أيضاً في منذور الصدقة مثلاً وغير ذلك.

وأما الثاني: فلا يبعد أنه على النحو المزبور أيضاً، فلا يؤثر بعد إنشاء الشفعة المستحق عليه تركها، نحو استحقاق عدم العزل عن الوكالة عن الموكل مثلاً بالاشتراط في عقد لازم، ومنه يعلم صحة شرط ترك الأخذ به فيه أيضاً، فلا يؤثر إنشاؤها بعد ذلك، وليس ذلك من مخالفة الكتاب والسنة، فإن المراد عدم الأخذ بما يستحقه لا إبطال أصل الاستحقاق)[1] انتهى.

ويؤيد ما ذكرناه من أن المقتضي عدم الصحة، ما ورد في الشرط في النكاح عن عبد صالح (عليه السلام)، قال: قلت له: إن رجلاً من مواليك تزوج امرأة ثم طلقها

---

(١) جواهر الكلام: ج٣٧ ص٤٠٥.

فبانت منه فأراد أن يراجعها فأبت عليه إلاّ أن يجعل عليه أن لا يطلقها ولا يتزوج عليها فأعطاها ذلك، ثم بدا له في التزويج بعد ذلك فكيف يصنع، فقال: «بئس ما صنع، وما كان يدريه ما يقع في قلبه بالليل أو النهار، قل له: فليف للمرأة بشرطها، فإن رسول الله (صلى الله عليه وآله) قال: المؤمنون عند شروطهم»[1].

أما نقل الحق وانتقاله وإرثه وإسقاطه فذلك تابع لأن يفهم من الشرع أو العرف ذلك، فإذا كان دليل شرعي على صحة النقل والانتقال صلحاً أو بيعاً أو ما أشبه أو دل العرف على ذلك وسكت عليه الشرع فهو قابل لما دل عليه أحدهما، أما إذا لم يدل أحدهما على ذلك فليس يمكن نقله وانتقاله وإسقاطه وإرثه وما أشبه، وقد ذكرنا فصلاً في هذا الباب في كتاب الإرث في إرث الحقوق فراجعه.

ومنه يعلم وجه النظر في احتمال الجواهر ذلك في المقام، قال: (لا ينافي ذلك ـــ أي ما تقدم من كلامه ـــ عدم صحة انتقالها من ذي الحق إلى غيره لو صالح عنها أجنبي على وجه يراد إثبات الشفعة له، وإن كان قد يحتمل لعموم أدلة الصلح، فهو حينئذ وإن لم يكن ممن حصل له سبب الاستحقاق بالأصالة لكنه بالصلح استحقه من ذي الحق الذي هو مسلط عليه كتسلطه على ماله، ولذا ينتقل إلى الزوجة حق ضرتها من القسم، وينتقل إلى الأجنبي الحجر، بل قد يحتمل ذلك في الخيار أيضاً بناءً على أن الفسخ به هو المملك للعين نحو ما قيل في الرجوع بالطلاق لا أنه معيد للسبب الأول، فحينئذ ينقل الخيار بالصلح ويملك المصالح بالفسخ العين ذات الخيار) انتهى.

إذ دليل عموم الصلح لا يتكفل موضوعه، وإنما الموضوع يجب أن يستفاد من الشرع ومن العرف، وكلاهما غير جار في الشفعة وفي الخيار، وتشبيه المقام بحق الزوجة في القسم وحق الأجنبي في الحجر غير ظاهر بعد كونهما

(1) الوسائل: ج15 ص30 الباب 20 من المهور ح4.

مما دل العرف على صحة الانتقال وأيده الشرع، كما ورد من قصة عائشة في استيهابها حق ضرتها في القسم من رسول الله (صلى الله عليه وآله) وغير ذلك، فإذا صالح الشفيع حق شفعته للأجنبي لم تصح المصالحة، لأنه غير عرفي بل هو خاص بالشفيع، ولا دليل من الشرع على صحته، كما أنه لو أعطى حق خياره لغيره بأن يكون مستقلاً لا وكيلاً عنه في الإبطال، لم ينتقل إلى ذلك الغير، لعدم الدليل عليه، بل العرف يرى خلافه، والشرع لم يصدق الانتقال، فهما مثل إعطاء الزوجة حق قسمها للأجنبية حيث لا يصح ذلك.

وكأنه لذا قال الجواهر أخيراً: (لكن يدفع ذلك كله مضافاً إلى إمكان دعوى الإجماع على خلافه، عدم دليل يقتضي تسلط ذي الحق على حقه بحيث ينقله إلى غيره، وخصوصيات الموارد لا تفيد العموم، وعمومات الصلح والشرط لا تقتضي ذلك، خصوصاً بعد ملاحظة اتفاق الأصحاب ظاهراً، لا أقل من الشك فتبقى حينئذ على مقتضى أصالة عدم الانتقال) انتهى.

وما ذكرناه من رؤية العرف أو الشرع هو الفارق بين الإرث وغيره، حيث قلنا في الإرث إن الخيار والشفعة وما أشبه تورث، بينما لا نقول بالانتقال، لأن العرف يرى هذا الفرق، فلا يقال فما هو الفارق حيث ذكرتم هناك بعدم الانتقال وذكرتم في باب الإرث أنها تورث، فلا منافاة بين الأمرين.

ثم إنه إن صالح الشفيع المشتري على أن لا يأخذ بالشفعة صح ذلك، لأنه حق قابل للإسقاط كما يراه العرف، بمقابل أو غير مقابل.

قال في مفتاح الكرامة تبعاً للمسالك: (ولو كان عوض الصلح بعض الشقص فوجهان، أصحهما الصحة للعموم، والصلح ليس أخذاً بالشفعة حتى يقدح فيه

تبعيض الصفقة، بل هو معاملة أخرى على حق الشفعة) انتهى.

لكنك قد عرفت سابقاً أن تبعيض الصفقة من الشفيع جائز، فإن شاء المشتري قرره، وإن شاء فسخه بتبعض الصفقة، لا أن تبعيض الصفقة غير جائز، وذلك لأنه حق قابل للتبعيض، كما يراه العرف ولم يدل من الشرع على عدم التبعيض، وقد ذكرنا أن هذه الأمور يجب أن يراجع فيها العرف إلاّ فيما خالفه الشارع، ولم يخالفه في نص ونحوه.

((مما لا يسقط الشفعة))

(**مسألة ٢٨**): قال في الشرائع: (إذا تبايع شقصاً وضمن الشفيع الدرك عن البائع أو عن المشتري، أو شرط المتبايعان الخيار للشفيع لم يسقط بذلك الشفعة، وكذا لو كان وكيلاً لأحدهما، وفيه تردد، لما فيه من أمارة الرضا بالبيع) انتهى.

وفي القواعد: (وكذلك لو كان وكيلاً لأحدهما في البيع، أو شهد على البيع، أو بارك لأحدهما في عقده، أو أذن للمشتري في عقد الشراء، أو ضمن العهد للمشتري، أو شرط الخيار له فاختار الإمضاء إن ترتبت على اللزوم) انتهى.

أقول: مقتضى القاعدة أن في كل ذلك إن أسقط الشفيع شفعته (لا مجرد الرضا بالبيع، إذ الرضا غير إسقاط الحق كالرضا بالإبراء والإبراء، فإن الرضا بالإبراء ليس إبراءً) كان مقتضى القاعدة السقوط، وكذا إن نافى عمله الفورية إن قلنا بالفورية بأي معنى قلناها من التضييق والتوسعة، وإلاّ فلا وجه للسقوط، لأن الأصل الشفعة خرج منه صورة الإسقاط وصورة المنافاة للفورية، ففي غيرهما يكون مقتضى القاعدة بقاء الشفعة، وسيأتي بعض هذه الفروع.

((ضمان الدرك))

وإلى ما ذكرناه أشار المسالك في ضمان الدرك، قال: إن ضمن الشفيع الدرك وهو عهدة المبيع عن البائع، أو الثمن على المشتري، أو بالبائع على تقدير ظهوره مستحقاً، قيل: يبطل الشفعة لدلالته على الرضا بالبيع، ورجحه في المختلف محتجاً بذلك، وقيل: لا يبطل، لأن مطلق الرضا بالبيع لا يدل على إسقاط الشفعة، فإنها مترتبة على صحته، فكيف يكون الرضا به إسقاطاً لها، والحق أنه إن نافى الفورية حيث نعتبرها بأن علم بمقدار الثمن فاشتغل بذلك بطلت للتراخي، لا من حيث الرضا بالبيع، وإن لم يناف كما لو ضمن الثمن قبل علمه بمقداره، فإن العلم به غير معتبر في صحة الضمان، لم يبطل الشفعة لعدم المقتضي للبطلان) انتهى.

لكن ربما يقال: إن الضمان بدون العلم موجب للغرر، فعموم دليل الغرر محكم، إلا أن لا يكون عدم العلم موجباً له، كما إذا علم أنه بمقدار كذا أو كذا مما لا يكون غرراً، مثل ألف أو ألف ودينار، حيث إن الغرر أمر عرفي، وما ذكره الشيخ المرتضى (رحمه الله) في المكاسب من أن الغرر الشرعي أضيق من الغرر العرفي محل تأمل، فإن الموضوعات تؤخذ من العرف كما ذكرناه هناك وفي بعض مباحث (الفقه) أيضاً.

ثم إن عدم البطلان بضمان العهدة قول غير واحد.

قال في مفتاح الكرامة: إن عدم سقوط الشفعة بضمان العهدة (هو خيرة الخلاف فيهما)، أي في عهدة الثمن للبائع وعهدة الشقص للمشتري، (والمبسوط، وكذا السرائر على ما حكي عنها في المختلف، ولم نجد ذلك في السرائر، واستشكل في التحرير والإرشاد.

وفي الدروس إنه يمكن بقاؤه لأنه تقرير للسبب وليس بأبلغ من النزول.

وفي المختلف إن الأقوى البطلان فيهما، لا أنه دال على الرضا بالبيع.

وفي جامع المقاصد: إن الأصح إن نافى الطلب على الفور أبطل، وإلاّ فقد ينتظر حضور الثمن إن جعلنا الطلب هو الأخذ)، ثم تأمل في كلام جامع المقاصد: (إن كان ينافي الفورية بطلت، وإلا فلا إلا مع القرائن التي يفهم عادة وعرفاً عدم إرادة الشفعة)[1]، انتهى.

واللازم أن يقال: إن كان عدم إرادة الشفعة بقصد الإسقاط سقط، وإلاّ فمجرد عدم الإرادة ليس مسقطاً للحق، فإذا لم ترد الزوجة القسم لا يسقط حقها، وكذلك إذا لم يرد الدائن دينه، وإنما الإسقاط بإسقاط حقهما، إلى غير ذلك من الحقوق.

والظاهر أن الجواهر أراد النقض لا أراد الحصر، حيث إنه قال: (بعدم

(١) مفتاح الكرامة: ج١٨ ص٦٨١ ط الحديثة.

سقوط الشفعة بضمان الدرك والخيار مع فرض عدم منافاة الفورية، بناءً على اعتبارها، لعدم دلالة شيء من ذلك مع عدم قرائن على الإسقاط، إذ يمكن أن يكون ذلك منه لإرادة إيجاد السبب الذي يستحق به الشفعة) انتهى.

إذ لا يلازم عدم الإسقاط إرادة إيجاد السبب، وإنما إرادة إيجاد السبب من جملة أسباب عدم الإسقاط، فربما لا يسقط الإنسان في حال أنه لا يريد أيضاً إيجاد السبب الذي يستحق به الشفعة، بل غافل عن ذلك، وإنما يضمن أو يقبل الخيار بدون الالتفات إلى شيء من الأمرين.

كما أن الظاهر أن مرادهم في شرط المتبايعين الخيار للشفيع فيما إذا قبل الخيار. أما اشتراطهما مجرداً فمن الواضح أنه لا يوجب سقوط الشفعة، وكذلك الحال لو شرطا أو شرط أحدهما الخيار لولد الشفيع مثلاً ثم مات الشفيع، وانتقل الحق إلى الورثة، لوحدة الملاك في الجميع.

وكيف كان، فما عن الإيضاح من القول به لأن إجازة البيع بعده إسقاط للشفعة بإجماع القائلين بهذا القول، وقوله: (بقي علينا أن الشفعة هل هي مترتبة على اللزوم أو على العقد، يحتمل الأول من حيث إنها معلولة للبيع فيتوقف لزومها على لزومه، ومن حيث وقوع البيع ومجرده موجب للشفعة لعموم النص، والتحقيق أن إمضاء البيع هل هو شرط السبب أو حكم) انتهى.

غير ظاهر الوجه، ولذا قال الجواهر في كلا فرعيه: إنه لا حاصل لهما.

ومما تقدم يعرف الكلام في الفرع الثاني للشرائع.

((إذا اشترطا الخيار للشفيع))

قال في المسالك: (الثاني: أن يشترط المتبايعان الخيار للشفيع في عقد البيع، والأصح أنه لا يبطل الشفعة لعدم المقتضي له، وقيل: تبطل بدلالته على الرضا

بالبيع، وقد عرفت ضعفه، ولو اختار الإمضاء قيل له أن يأخذ بالشفعة، فإن جعلناها متوقفة على لزوم البيع لم يبطل أيضاً، لأن الرضا ممهد طريق السبب ويحققه، وإن جوزناها في زمن الخيار بطل للتراخي إن اعتبرنا الفورية، وقيل: يبطل هنا مطلقاً، لتضمنه الرضا كما مر، وضعفه واضح) انتهى.

لكن لا يخفى أن منافاته للفورية الذي ذكره إنما هو فيما إذا عرف أن البيع إنما هو في الشقص الذي هو شفيع.

أما إذا لم يعرف، وإنما رآهما تبايعا وجعلا الخيار له ثم فسخ أو أمضى، لم يكن ذلك مضراً بشفعته، لعدم منافاته للفورية، وقد تقدم سابقاً أن الجهل عذر، وكذلك إذا كانت سائر الأعذار المذكورة سابقاً، ولم يذكروا هنا ذلك اعتماداً على الوضوح وإلاّ فالتقييد واضح.

((إذا كان الشفيع وكيلاً في البيع))

أما ثالث المواضيع التي ذكرها الشرائع، وهو أن يكون الشفيع وكيلاً للبايع في الإيجاب، أو للمشتري في القبول، ففي سقوط الشفعة بذلك قولان:

قال في المسالك: من دلالته على الرضا بالبيع وهو مسقط، واختاره في المختلف، ومن منع كون الرضا بالبيع مطلقاً، فإن البيع هو السبب في ثبوت الشفعة، وكون من يطلبها راض بوقوع البيع ومريد له، بل يبعد عدم الرضا به مع إرادة الأخذ، والأصح عدم السقوط.

قال في مفتاح الكرامة عند قول العلامة: (وللأب وإن علا الشفعة على الصغير والمجنون، وإن كان هو المشتري لهما أو البائع عنهما على إشكال وكذا الوصي على رأي)[1]:

(والوكيل عند قوله (والوكيل) أي في الشراء والبيع، له أن يأخذ بالشفعة لنفسه قولاً واحداً، كما في جامع المقاصد، وقد نص على الحكم في الخلاف والسرائر والشرائع وغيرها، ويأتي في مسقطات الشفعة للمصنف وغيره

(١) قواعد الأحكام: ج٢ ص٢٤٤.

أنه غير مسقط، ومنع من أخذه في المبسوط والمختلف، واستشكل في التذكرة، ومستند الأول التهمة في تقليل الثمن، وأنه لا يجوز له شراؤه من نفسه، والأخيرين أن قصد البيع ورضاه به مسقط لها كما تقدم، وقد عرفت الجواب عنهما، وأن المسقط إنما هو رضاه بالبيع ليبقى ملكاً للمشتري وهو غير لازم حصوله عن كونه وكيلاً لأحدهما في العقد، وإلاّ فلا ريب أن من يتوقع الشفعة راض بوقوع البيع، ويزيد الأول أن الموكل ناظر لنفسه يعترض ويستدرك إن وقف على تقصيره)[1] انتهى.

ومنه يعلم أن إطلاق الأدلة شامل للمقام، وأن الدليلين وقد يضاف عليهما أصالة عدم الشفعة إلاّ في المتيقن، غير مخصصة للإطلاقات، فالقول بثبوت الشفعة خلافاً للمسبوط والمختلف وإشكال التذكرة هو المتعين.

نعم ليس قولاً واحداً كما ذكره المحقق الثاني، ولذا قال في الجواهر عند قول المحقق: (فيه تردد لما فيه من أمارة الرضا بالبيع): (إنه في غير محله، ضرورة عدم كون مطلق الرضا بالبيع مسقطاً لها، فإن البيع هو السبب في ثبوت الشفعة، ولا ريب في أن يتوقعها راض به، بل لو حاول عدم الرضا لم يكن مقدوراً له، وإنما المسقط رضاه بالبيع ليبقى ملكاً للمشتري، وهذا غير لازم للوكيل كما هو واضح) انتهى.

وقد تقدم أن المراد بالرضا بالبيع المسقط الإسقاط لا مطلق الرضا، لأن الرضا بالشيء غير كونه خارجاً، كما أن الرضا بالإبراء ليس إبراءً، والرضا بالوكالة أو بالبيع أو ما أشبه ليس بيعاً ووكالةً، فلو فرض اتهام الوكيل كان محلاً للدعوى، لا أن الشفعة لا تكون له، وكذلك حال الوصي والولي ونحوهم، لوحدة

(١) مفتاح الكرامة: ج١٨ ص٤٧٥ ـــ ٤٧٦ ط الحديثة.

الملاك في الجميع، ولو فرض أنه باع بالأقل قطعاً لأجل أن يأخذ بالشفعة وأخذها، فإن كان وكيلاً مطلقاً يشمل ذلك البيع بالأقل صح البيع والشفعة، وإن كان للموكل الفسخ.

لا يقال: كيف يمكن إطلاق الوكالة، ومع ذلك يكون له الفسخ.

لأنه يقال: يمكن إطلاق الوكالة الناشئ عن جهل، فهو مثل إذا كانت الوكالة مطلقة ومع ذلك لما كان الموكل مغبوناً في البيع ونحوه حتى مع علم الوكيل وإقدامه، يكون للموكل الفسخ.

ومما تقدم ظهر وجه ثبوت الشفعة في بقايا فروع القواعد المتقدمة بقوله:

(وكذا لو كان وكيلاً لأحدهما في البيع، أو شهد على البيع، أو بارك لأحدهما في عقده، أو أذن للمشتري في عقد الشراء) إلى آخر كلامه.

وسيأتي له مزيد توضيح.

ثم إنه إن جعلنا مجرد الرضا مسقطاً، وادعى المشتري أنه كان راضياً وأنكر الشفيع كان للمشتري عليه الحلف، فإذا لم يحلف وقلنا بأن مجرد عدم الحلف مثبت كلام المنكر، أو ردّ الحلف وحلف المشتري بطلت الشفعة.

((**العيب السابق على الشفعة**))

(**مسألة ٢٩**): قال في الشرائع: (إذا أخذ بالشفعة فوجد به عيباً سابقاً على البيع، فإن كان الشفيع والمشتري عالمين فلا خيار لأحدهما، وإن كانا جاهلين فإن رده الشفيع كان المشتري بالخيار في الرد والأرش، وإن اختار الأخذ لم يكن للمشتري الفسخ لخروج الشقص عن يده. قال الشيخ: وليس للمشتري المطالبة بالأرش، ولو قيل له الأرش كان حسناً، وكذا لو علم الشفيع بالعيب دون المشتري، ولو علم المشتري دون الشفيع كان للشفيع الرد).

((**صور المسألة**))

أقول: صور المسألة أربع:

الأولى: أن يكونا عالمين، ومن الواضح أنه لا خيار لأحدهما ولا أرش، وهو واضح لأنهما أقدما على مثل ذلك، والمقدم قد سبب ضرر نفسه، فلا يشمله دليل «لا ضرر» وخيار العيب، كما هو مذكور مفصلاً في باب الخيارات.

نعم من الواضح أن العيب الذي لا يسبّب الرد إنما يكون فيما إذا علما بقدر العيب أيضاً، أو علما بالأكثر فظهر أقل.

أما إذا علما بالعيب الأقل فظهر أكثر، أو بعيب فظهر عيب آخر، أو ما أشبه ذلك، فلهما خيار العيب لإطلاق الأدلة.

والكلام في علم وكيل الشفيع ووليه وما أشبه هو ما ذكر هناك في خيار العيب، من أن الوكيل لو كان عالماً بالعيب لم ينفع ذلك في سقوط خيار الموكل للعيب، إلى آخر ما ذكر هناك من علم الوكيل والموكل، أو جهلهما، أو علم أحدهما وجهل الآخر، وكذلك في باب الولي والمولى عليه.

وفي الجواهر: إن قول الشرائع المتقدم إنه لا خيار لأحدهما في صورة علمهما، بلا خلاف ولا إشكال، وهو كما ذكره.

الصورة الثانية: ما إذا كانا جاهلين واتفقا على ردّه أو على أخذه مع الأرش أو بدونه.

وفي الجواهر: إنه لا خلاف فيه أيضاً.

لكن لا يخفى أن الثمن الذي على الشفيع إذا أراد الأخذ هو ما بعد الأرش لأنه قدر الثمن لا أكثر منه.

ومن ذلك يظهر أنه لا وقع للإشكال الذي ذكره الجواهر في رجوع الشفيع على المشتري بالأرش إن لم يكن إجماعاً، قال: (لأنه استحقاق حصل للمشتري على البائع خارج عن الثمن، ولذا صح له عفوه عنه، ولو أنه جزء من الثمن ينفسخ البيع فيه قهراً بفوات ما قابله من وصف الصحة في المبيع نحو تبعض الصفقة لم يصح له العفو باستحقاق الشفيع حينئذ ما قابله من الثمن الذي دفعه إلى المشتري، على أن احتمال ذلك مناف لما هو معلوم من عدم مقابلة الثمن شرعاً لوصف الصحة وعدم استحقاق المشتري عليه عين ما دفعه إليه، ولغير ذلك مما لا يخفى) انتهى.

إذ الثمن عرفاً هو ما بعد الأرش، فقوله (عليه السلام): بالبيع الأول وبالثمن[1] ونحوهما ظاهر في خروج الأرش عن الثمن، وإن قلنا بأن الأرش ليس جزءاً كتبعض الصفقة وما أشبه.

وكأنه لذا قال أخيراً: (اللهم إلاّ أن يقال: إنما دل على استحقاق الشفعة بالثمن ظاهر في غير الفرض، بل قد يعدّ عرفاً أن الثمن ما بعد الأرش، ولعل ذلك ونحوه منشأ الاتفاق المزبور) انتهى.

ثم إنا قد ذكرنا في مسألة التضخم والتنزل أن المعيار إعطاء الثمن من الشفيع للمشتري بملاحظتهما، وعليه فإذا حدث مثل ذلك الشيء في الأرش تضخماً وتنزلاً كان المعيار أيضاً بعدهما لا قبلهما، لأنه هو مقتضى كونه بالثمن

---

(١) الوسائل: ج١٧ ص٣١٦ الباب ٢ ح١.

ونحوه، بل قد ذكرنا سابقاً أن المعيار في الشفعة العرف، لأن الشارع أمضاه، ومن المعلوم أن العرف يرى ذلك بعد التضخم والتترل لا قبله، فكما أن في أصل الثمن يلاحظان كذلك في الأرش.

ومما تقدم من حق الشفيع على المشتري الأرش، يظهر وجه النظر في أخير كلام الجواهر حيث قال: (وتوهم إشكال الرد للشفيع بأن الشفعة ليست بيعاً يستحق الرد بالعيب فيها، يدفعه عموم دليل الرد في المعيب من غير فرق بين البيع وغيره، وهو قاعدة الضرر المنجبرة بفتوى الأصحاب هنا، نعم الظاهر عدم أرش له، لا على البائع الذي لم يأخذ منه، ولا على المشتري لو تصرف فيه بما يمنع من رده إذا لم يكن المشتري قد أخذه من البائع للأصل، وكونه يأخذ من المشتري بالثمن) انتهى.

إذ قد عرفت أن الثمن عرفاً هو ما بعد الأرش، فعفو المشتري عن البائع لا يستلزم عفو الشفيع عن المشتري، فللشفيع أن يأخذ بالثمن الذي يستثنى منه الأرش، سواء أخذ المشتري من البائع أم لا، اللهم إلاّ أن يقال: إن الثمن الكل لا باستثناء قدر الأرش، كما إذا اشتراه بالزيادة عمداً.

ثم إنه مما تقدم علم أنه إذا حصل العيب عند المشتري كان للشفيع الأخذ بالثمن الذي يستثنى منه قدر الأرش.

أمّا إذا كان الشيء معيباً عند البائع فأخذ المشتري الأرش وصحّ عند المشتري، فإن الشفيع يأخذه بتمام الثمن، إذ الصحة صفة للمشتري وهي تقابل بالمال، لكن يأتي هنا ما تقدم في بعض المسائل السابقة من زيادة المبيع عند المشتري، فإن زيادة وصف الصحة كسائر الزيادات المتصلة كالسمن في الشاه والشجرة ونحوهما.

وكيف كان، ففي صورة جهلهما إن رده الشفيع كان المشتري بالخيار بين الرد والأرش.

قال في الجواهر: (لأنه لم يحدث فيه حدثاً، وإن انتقل عن ملكه ثم عاد إليه إلاّ أنه ليس تصرفاً له، واحتمال أن مطلق الانتقال عنه مسقط لاستحقاق رده وإن عاد إليه لا دليل عليه).

وهو كما ذكره.

وقول الشرائع بأنه بالخيار في الرد والأرش، من باب المثال، وإلاّ فله العفو أيضاً كما هو واضح.

وحيث قد ذكروا دليل أنه ليس له الرد بالتصرف في باب المعاملة مما لا يشمل مثل هذا التصرف القهري، فلا حاجة إلى تفصيل الكلام في ذلك، فإن أدلة إسقاط التصرف للرد لا تشمل مثل ذلك.

فقد روى زرارة، عن أبي جعفر (عليه السلام)، قال: «أيما رجل اشترى شيئاً وبه عيب وعوار لم يتبرأ إليه ولم يبين له فأحدث فيه بعد ما قبضه شيئاً، ثم علم بذلك العوار وبذلك الداء أنه يمنع عليه البيع، ويرد عليه بقدر ما نقص من ذلك الداء والعيب من ثمن ذلك لو لم يكن به»[1].

وعن جميل، عن بعض أصحابنا، عن أحدهما (عليهما السلام)، في الرجل يشتري الثوب أو المتاع فيجد به عيباً، فقال: «إن كان الشيء قائماً بعينه رده على صاحبه وأخذ الثمن، وإن كان الثوب قد قطع أو خيط أو صبغ يرجع بنقصان العيب»[2].

وكيف كان، فإن اختار الشفيع الأخذ لم يكن للمشتري الفسخ لخروج

(١) الوسائل: ج١٢ ص٣٦٢ الباب ١٦ من الخيار ح٢.

(٢) الوسائل: ج١٢ ص٣٦٢ الباب ١٦ من الخيار ح٣.

الشقص عن يده، كما في الشرائع وغيره، وعلله في الجواهر بأن الأصل فيه اللزوم فلا تسلط له على فسخ الملك الحاصل للشفيع بالشفعة، لكن يحتمل أن يكون له الفسخ عنده، لأنه لا دليل على أن الانتقال إلى الشفيع بالشفعة أوجب بطلان حقه في الفسخ، والثمر يظهر فيما إذا أعطى المشتري مورثه الفاسخ الحبوة وأخذ الأرض، فإن الوارث إذا لم يسفخ كان في يده الثمن، أما إذا فسخ رجعت الحبوة وكانت له ذكرى لأبيه مثلاً فيفسخ بالبيع، وحيث لا يتمكن من رد العين لأنها انتقلت إلى الشفيع رد ثمنها واسترجع الحبوة مثلاً، أو ندم المشتري من جعل شيء نفيس له ثمناً للأرض، بينما ذهبت الأرض من يده أيضاً إلى الشفيع فيريد استرجاعه بالفسخ، إلى غير ذلك من الثمار المترتبة على الفسخ واسترجاع الثمن وإعطاء البائع بقدر ثمن الأرض.

قال في المسالك في صور المسألة: (فإن اختلفت إرادتهما أي الشفيع والمشتري فأراد الشفيع رده دون المشتري فلا منافاة فيرجع إلى المشتري ويتخير بين أخذ أرشه وعدمه، وإن انعكس فأراد الشفيع أخذه والمشتري رده قدمت إرادة الشفيع لثبوت حقه وسبقه، فإنه يثبت بالبيع، وسيأتي ما في هذا التعليل، ولأن غرض المشتري استدراك الظلامة وتحصيل الثمن وهو حاصل بأخذ الشفيع، ولأنا لو قدمنا المشتري بطل حق الشفيع رأساً، وإن قدمنا الشفيع حصل للمشتري مثل الثمن أو قيمته فيكون جامعاً بين الحقين، ويحتمل تقديم المشتري لأن الشفيع إنما يأخذه إذا استقر العقد، كما تقدم في البيع المشتمل على الخيار، وقد تقدم ضعف المبنى عليه) انتهى.

وهو كما ذكره من التعليلات المستفادة من النصوص العامة، وإن كان ما

ذكرناه وارداً عليه، لكنه جيد في نفسه.

ومن ذلك يظهر أن إشكال الجواهر عليه (بأن ما أطنب به في المسالك من سوء تأدية الحكم المزبور، كما ترى) غير ظاهر الوجه، فلا سوء في التأدية.

أما ما ذكره هو بقوله في الإشكال على المسالك: (بل لعله ألصق بتعارض الإرادتين قبل أخذ الشفيع الشفعة الذي قد عرفت الحال فيه سابقاً، وأن للمشتري الفسخ، ولكن إذا فسخ كان للشفيع فسخ فسخه والأخذ بالشفعة من المشتري للإجماع إن كان أو لسبق حقه، بناءً على أن استحقاق المشتري الرد حين العلم لا بالبيع بخلاف الشفيع الثابت حقه بتمام العقد، بل لو قلنا بثبوته بالبيع أيضاً سابقاً على حق الشفيع أو مقارناً أمكن ترجيح حق الشفيع بما ذكر مؤيداً بشهرة الأصحاب أو إجماعهم، وإن كان للمشتري فائدة بالتقديم أيضاً، وهي السلامة من الدرك) انتهى.

فهو وإن صح في الجملة، كما قد سبق وجهه في بعض المسائل المتقدمة، إلاّ أن قوله: (بل لو قلنا بثبوته بالبيع أيضاً سابقاً على حق الشفعة أمكن ترجيح حق الشفيع) فيه نظر، فإنه لو كان سابقاً على حق الشفعة لا وجه لتقدم حق الشفعة عليه، وشهرة الأصحاب لا تصلح مؤيدة، ولا إجماع ظاهر في المسألة يمكن الاعتماد عليه على خلاف القاعدة، بل اللازم إن قلنا بأن الحق سابق أن يكون للمشتري الحق دون الشفيع، فإن حقه لا يدع مجالاً للشفعة.

ثم سواء قلنا بأن للمشتري الفسخ أم لا، هل له حق الأرش إذا لم يفسخ بإرادته، أو لم يفسخ لأنه ليس له حق الفسخ.

قال الشيخ في محكي المبسوط: فيما لو كان الشفيع عالماً بالعيب والمشتري جاهلاً ليس للمشتري المطالبة بالأرش، وادعى ذلك الإجماع، ونحو

ذلك الكلام يأتي في هذا المقام أيضاً.

وربما قيل: إن الشيخ بني ذلك على أنه لو كان للمشتري الأرش لكان الثمن للشفيع مجهولاً، فيبطل أخذه وتأخيره إلى معرفة الأرش المتوقفة على تقويم أهل الخبرة المحتاج إلى زمان ينافي الفورية، كما قيل في وجه كلام الشيخ بأنه قد استدرك ظلامته برجوع جميع الثمن إليه من الشفيع فلم يفت منه شيء فيطالب به، ولأنه كالنائب عن الشفيع بالشراء فلا يستحق الرجوع.

لكن من الواضح ما في كلا التعليلين من الوجه الاستحساني الذي لا يتمكن أن يقاوم الأدلة الدالة على أن المشتري المعيوب جاهلاً الحق في الفسخ والأرش، فإن قلنا بالحق في الفسخ كان مخيراً بينهما، وإن لم نقل به كان له الأرش، ولذا قال في الشرائع: (لو قيل له الأرش كان حسناً)، وقد حكي ذلك عن التذكرة والشهيدين والكركي وغيرهم.

وقال في الجواهر: (إنه الأصح لإطلاق دليله وعود كمال الثمن إليه لا ينافي ذلك كما لو باعه بأضعاف ثمنه، كما أنه لا ينافيه استحقاق الشفيع بما يقابله من الثمن فلا فائدة له في أخذه، إذ لا يجب عليه قبول العوض عنه من الشفيع بعد أن كانت معاملة مع البائع مستقلة لا مدخلية لها فيما وقع بينه وبين الشفيع، فهو في الحقيقة لم يستدرك ظلامته ممن ظلمه كما هو واضح، وإجماع الشيخ المزبور لم نتحققه، بل لعل المظنون خلافه) انتهى.

والحاصل: إن التعليل بجهل الثمن وارد في كل مورد من موارد الأرش، فما يقال في سائر الموارد يقال هنا من غير فرق بينهما، حتى يكون ذلك موجباً لاستثناء المقام عن كلي الأرش في كل مقام، والأرش ليس خاصاً بصورة استدراك الظلامة كما ذكره الجواهر من مثال ما لو باعه بأضعاف ثمنه، أو لم يبعه لكنه ارتفعت القيمة السوقية للبضاعة بحيث قابلت القيمة أو صارت أكثر، فإنه لا ضرر

في المقام مع أن له أخذ الأرش، بلا إشكال ولا خلاف، كما يظهر من إطلاق كلماتهم.

ومما تقدم ظهر حال ما إذا علم الشفيع بالعيب دون المشتري، فإن الشفيع لا يتمكن من الرد لعلمه، أما المشتري فيتمكن من الرد والأرش، أما الرد فلما تقدم، وحيث إنه لا يتمكن من رد العين رد ثمنها، وأما الأرش فلما ذكرناه من أنه حقه.

ولذا قال في الجواهر ممزوجاً مع الشرائع: (وكذا الحكم لو علم الشفيع بالعيب دون المشتري، ضرورة أنه لا رد للشفيع لعلمه، ولا للمشتري لخروج الشقص من يده، ففي استحقاقه الأرش ما عرفت من أن الأصح له ذلك فيسقط حينئذ عن الشفيع بقدره، ولا يقدح فيه علمه بالحال، لما عرفت من أنه يأخذ بالثمن وهو ما بعد الأرش عرفاً) انتهى.

وإن كان في قوله (بعدم رده) ما تقدم.

أما لو علم المشتري دون الشفيع كان للشفيع الرد لجهله دون أخذ الأرش، إذ تقدم أن الشفيع يأخذه بالثمن، والمفروض أن الثمن هو الكامل بدون استثناء الأرش، أما المشتري فلا حق له في رد ولا أرش لفرض أنه كان عالماً، والعالم لا حق له في أيهما.

ثم إن الجواهر قال: (لو علم الشفيع المشتري اشتراه بالبراءة من كل عيب، ففي القواعد هو كالمشتري وإلاّ فله الرد، وفيه إنه يمكن القول بأن له الرد، وإن علم بالشرط المزبور بعموم دليل الرد، والشرط إنما هو على المشتري) انتهى.

وهو كما ذكره، اللهم إلاّ أن يقال: إن قوله (عليه السلام): بالبيع الأول[1]، وبالثمن[2]، ونحوهما، والمنصرف من دليل الشفعة العرفية، والعرف يرون أنه يكون للشفيع كما كان للمشتري، أنه لا يكون له الرد، فعموم دليل الرد مخصص بما ذكر.

وحال ما إذا تبرأ من الغبن الفاحش والأفحش مما لا يوجب الجهالة ويصح بحسب الشرط كما ذكر في باب الغبن، يكون هكذا بالنسبة إلى الشفيع، ففيه الاحتمالان المزبوران، احتمال القواعد واحتمال الجواهر.

وكيف كان، فقد عرف مما تقدم وجه قول القواعد: ويسقط أرش العيب إن أخذه المشتري، والمراد أن أرش العيب يسقط من الثمن على الشفيع إذا أخذه المشتري من البائع، ووجهه أنه جزء من الثمن، فإذا أخذه المشتري كان الثمن هو ما يبقى بعده.

وأما إذا أسقطه ولم يأخذ الأرش فله الأخذ بجميع الثمن لا بحذف الأرش، فإن الثمن حينئذ قد صار ما وقع عليه العقد من غير نقصان، كذا في مفتاح الكرامة، كما أنه نقل مثل عبارة القواعد عن التذكرة والإرشاد وجامع المقاصد ومجمع البرهان.

ومن الواضح أنه لا يفرق في ذلك بين كون الثمن في مقابلة الأجزاء، أو في مقابلة المجموع، لوضوح أنه بعد رضاه بالعيب يصير الكل ثمناً، وقد قال في مفتاح الكرامة: إنه مما لا خلاف فيه، وقد سبق الإلماع إلى ذلك.

ثم إنه قد عرف من ما تقدم حال الصور الأربع والستين، من جهل أحدهما

---

(١) الوسائل: ج١٧ ص٣٢٣ الباب ٩ ح١.

(٢) الوسائل: ج١٧ ص٣١٦ الباب ٢ ح١.

أو علمه، وجهل وكيله أو علمه، مضروباً فى الحالات الأربعة للثاني، ثم مضروباً في الحالات الأربعة للثالث، أي البائع والمشتري والشفيع.

أما علم المولى عليه وجهله إذا كان قاصراً فلا يوجب فرقاً في المسألة، لأنه لا اعتبار بعلمه وجهله، وإنما الاعتبار بعلم الولي وجهله، فإذا كان عالماً وكان الولي جاهلاً لا يسبب علمه سقوط حقه، وإن بلغ بعد ذلك فإنه له الأخذ بحقه للمناط في أن «عمد الصبي خطأ»[1]، وغيره من دليل رفع القلم[2] ونحوه.

(١) الوسائل: ج١٩ ص٣٠٧ الباب ١١ من دية العاقلة.

(٢) الوسائل: ج١٨ ص٣١٦ الباب ٨.

((إذا باع بعوض لا مثل له))

(مسألة ٣٠): قال في الشرائع: (إذا باع الشقص بعوض معين لا مثل له كالعبد، فإن قلنا لا شفعة فلا بحث، وإن أوجبنا الشفعة بالقيمة فأخذه الشفيع وظهر في الثمن عيب كان للبائع رده والمطالبة بقيمة الشقص إذا لم يحدث عنده ما يمنع الرد ولا يرتجع الشقص، لأن الفسخ المتعقب للبيع الصحيح لا يبطل الشفعة) انتهى.

أقول: لا اختصاص فيما إذا كان الثمن مثل العبد، بل الحال كذلك فيما كان مثل الدراهم والدنانير المعيبة، لأن حق الرد إنما هو بالعيب، فلا فرق فيه بين النقود وغيرها.

لكن في المسالك في المسألة احتمالات ثلاثة، قال: (إذا اشترى الشقص بعوض قيمي كالعبد، وقلنا بثبوت الشفعة بالقيمة وتقابضا ثم وجد البائع بالعبد عيباً وأراد رده واسترداد الشقص، وقد أخذ الشفيع الشقص أو طلبه، ففي المقدم منهما خلاف، أظهره تقديم حق الشفيع، لأن استحقاق الفسخ فرع دخول المعيب في ملك المشتري المقتضي لصحة العقد المقتضي لثبوت الشفعة بمجرد العقد، ولعموم أدلة الشفعة للشريك، واستصحاب الحال، ولأن فيها جمعاً بين الحقين، لأن رجوع البائع في العين يقتضي سقوط حق الشفيع، بخلاف ما إذا أخذ القيمة، وهذا هو الذي قطع به المصنف، وقيل: يقدم حق البائع، لاستناد الفسخ إلى العيب المقارن للعقد، والشفعة تثبت بعده، فيكون العيب أسبق، ولأن الشفيع متزل متزلة المشتري فرد البائع يتضمن نقض ملكه، كما يتضمن نقض ملك المشتري لو كان في ملكه، ويضعف بأن مجرد وجود العيب حالة العقد غير كاف في سببية الفسخ، بل هو مع العقد الناقل للملك، كما أن الشركة أيضاً غير كافية في سببية الشفعة، بل هي مع العقد، فهما متساويان من هذا الوجه، ويبقى مع الشفعة المرجح بما ذكرناه، وربما

فرق بعضهم بين الرد البائع بالعيب قبل أخذ الشفيع وبعده، وقدم البائع في الأول والشفيع في الثاني لتساويهما في ثبوت الحق بالبيع فيقدم السابق في الأخذ، والوجه ترجيح جانب الشفيع) انتهى.

لكن لا وجه للاحتمالين الأخيرين، بالإضافة إلى أن الأدلة التي ذكرها للوجه الأول أدلة طولية، فإن الاستصحاب مثلاً لا مجال له ما دام عموم أدلة الشفعة، لما نقح في محله من أن الدليل لا يدع مجالاً للاستصحاب، نعم غالباً يذكرهما الفقهاء لبيان حال الحكم إذا لم يستقم الدليل.

وكيف كان، فالوجهان الآخران غير ظاهر، لا من الدليل ولا من الأقوال، ولذا ادعى في الجواهر عدم الخلاف في الوجه الأول قائلاً: (ظاهر كلامهم فيما تقدم من غير خلاف يعرف فيه بينهم أن للشفيع فسخ الرد بالعيب لو حصل قبل الأخذ بالشفعة، وليس ذلك إلا لتقدم حق الشفيع عليه) انتهى.

فإن أدلة الشفعة تدل على أنه إذا وقع البيع كان للشفيع الحق، وإطلاقه يقتضي عدم الفرق بين العيب في الثمن أو المثمن أو محذور آخر.

نعم ينبغي استثناء ما إذا كان البيع بالشرط، فإنه إذا أخذ بالشرط يلزم القول بفسخ البيع، ورد كل شيء إلى مالكه، وإنما يقدم حق البائع في خيار الشرط، لأن معنى الخيار لو أخذ به عدم تمامية البيع، والشفعة متوقفة على تماميته، بخلاف العيب والغبن ونحوهما فالبيع تام، ولعل هذا هو السبب في عدم دخول خيار الشرط في النكاح، وإن دخل فيه خيار العيب، حيث إن الأول يجعل النكاح غير تام، والنكاح لا يقبل عدم التمامية، أما العيب والتدليس فهما يعطيان حق الفسخ، لا أن النكاح بهما غير تام، ولذا يترتب آثار النكاح من حرمة المصاهرة ولو بعد الفسخ، وإن سقط المهر ونحوه.

ففي خبر أبي عبيدة، عن أبي جعفر (عليه السلام)، قال: في رجل تزوج امرأة من وليها فوجد بها عيباً بعد ما دخل بها، قال: فقال (عليه السلام): «إذا دلست العفلاء والبرصاء والمجنونة والمفضاة، ومن كان لها زمانة ظاهرة، فإنها ترد على أهلها من غير طلاق، ويأخذ الزوج من وليها الذي كان دلسها»[1]، إلى غيرها من الروايات.

اللهم إلاّ أن يقال: إن خيار الشرط أيضاً كذلك، لأن البيع قد وقع، وإذا وقع البيع كان اللازم الشفعة، فإذا أخذ الشفيع فليس له الرد، وإن كان قد شرط.

ومنه يعرف أنه ليس مجال للقاعدة التي ذكرها المحقق الثاني من أن الزائل العائد كالذي لم يزل، أو كالذي لم يعد، لأن الدليل يقتضي إطلاق صحة الشفعة بمجرد وقوع البيع كما عرفت.

كما أن الظاهر أن الشفيع لا حق له في الأخذ بالشفعة بخيار الشرط، بأن يقول: إني آخذ بالشفعة، لكن إذا أردت فسخت إذ لا دليل على دخول هذا الخيار في المقام، وإطلاق دليل الشرط بعد ظهور دليل الشفعة في اللزوم مطلقاً غير محكم.

كما أن من الواضح أنه لا حق للمشتري في جعل خيار الشرط في إعطائه الشقص للشفيع، لأنه يؤخذ منه قهراً، فلا مجال له للشرط، كما أن شرط البائع أو شرط المشتري في التبايع بينهما شرطاً ينافي الشفعة ملغى، لأن الشارع حكم بالشفعة فلا مجال لشرطهما، كما إذا شرط البائع على المشتري فيما إذا باعه الشقص أن يوقفه مثلاً، أو اشترط المشتري على البائع أن يبيعه إلى ولده أو يهبه له، أو ما أشبه مما ينافي الشفعة، فإن حق الشفيع مقدم إلاّ على الاحتمال المذكور.

ومما تقدم يظهر وجه التأمل في كلام الجواهر، حيث إنه بعد أن نقل عن

---

(١) الوسائل: ج١٤ ص٥٩٦ الباب ٢ من التدليس ح١.

المسالك تضعيف تقديم حق البائع، كما نقلنا عبارته سابقاً قال: (لكن فيه: إن ذلك بمجرده لا يصلح مرجحاً، خصوصاً بعد حكمهم من غير خلاف يعرف بينهم أنه لو كان الخيار للبائع مشروطاً وشفع الشفيع كان للبائع فسخ البيع والشفعة، ولا نجد فرقاً بين الخيار الحاصل بالعيب والشرط، إذ هما معاً مقارنان للعقد، فمع فرض كون الخيار بالشرط سابقاً على حق الشفعة الحاصل بعد تمام العقد الذي فيه الشرط فكذلك الحاصل بالعيب، وبعد التسليم فلا أقل من المقارنة المقتضية لتساويهما في الحق، فكل من سبق كان له ذلك، كما عساه يظهر من المسالك أنه أحد الأقوال في المسألة).

ثم إن الجواهر بعد نقله التفصيل عن المسالك الذي سبق قال: (لا ريب في أنه متجه إن لم نقل بتقديم البائع مطلقاً، كما لو شرط الخيار له لو لا اتفاق الأصحاب ظاهراً على تقديم الشفيع مطلقاً، بل لم اتحقق حكاية الخلاف المزبور من غيره، ويمكن أن يكون منشأ الاتفاق المزبور أن خيار العيب لا يثبت إلاّ بعد العلم بالبيع، ولا يكفي فيه وجود العيب حال العقد مع الجهل به، فيقدم حق الشفعة حينئذ عليه، ضرورة مقارنته لتمام العقد، لكن الإنصاف عدم خلو دعوى مدخلية العلم في ثبوت الخيار بالعيب من نظر أو منع كما ذكرنا ذلك في محله، كما أن الإنصاف عدم حصول إجماع في المسألة) انتهى.

إذ قد عرفت أن إطلاق أدلة الشفعة محكم، فإن دليل الشفعة يقول: بأنه إذا حصل البيع كان للشفيع الأخذ، ومعنى ذلك أنه لا حق للشرط أو العيب أو الغبن أو ما أشبه ذلك في فسخ الشفعة، سواء حصل التفاسخ قبل أخذ الشفيع بالشفعة أو بعد أخذه بها، ولعل هذا الإطلاق هو منشأ فتوى الأصحاب كما يظهر منهم من غير خلاف قوي، لأنه مطلقاً في كل مورد ذكروه يقدم حق الشفعة،

وقد عرفت أن المسالك مع احتماله الاحتمالين أو نقله لهما قال أخيراً: الوجه ترجيح جانب الشفيع، وليس ذلك إلاّ لما ذكرناه.

((بين حق الشفيع وحق البائع))

ومن ذلك يظهر وجه النظر فيما حكي عن التحرير من تقديم حق البائع قبل أخذ الشفيع، قال: (ولو كان الثمن غير مثلي فوجد البائع به عيباً فردّه قبل أخذ الشفيع احتمل تقديم حقه، لأن في أخذ الشفعة إبطال حق البائع من الشقص، والشفعة تثبت لإزالة الضرر، فلا تزال بالضرر، وتقديم حق الشفيع لسبق حقه، والأقرب الأول، لأن حق البائع أسبق، لاستناده إلى وجود العيب وهو متحقق حال البيع والشفعة تثبت بالبيع) انتهى.

فإن دليله بأن حق البائع أسبق، قد عرفت أنه مناف لإطلاق دليل الشفعة، فإن دليل الشفعة محكم، سواء كان حق البائع أسبق أو لم يكن حقه أسبق، بأن قلنا: بأن ظهور العيب موجب للخيار، لا أن نفس العيب موجب له.

وكيف كان، فقد تقدم في بعض المباحث السابقة كما ذكرناه في كتاب الإرث أيضاً وغيره، أن الفسخ إنما يكون من حينه لا من أصله، فالنماء في البين للمشتري، كما أنه لو قيل بأنه بفسخ البائع أو المشتري تنفسخ الشفعة أيضاً، ويرجع الشقص إلى البائع أو إلى المشتري مثلاً، يكون النماء في البين للشفيع، فإن كون الفسخ من أصله خلاف ظاهر الأدلة، وكذلك الحال في فسخ النكاح، كما ذكرناه في كتاب الإرث بمناسبة حق الوارث في الفسخ.

ومنه يظهر حال كل فسخ، فإن قيل: إنه يجعل العقد كالعدم، لم يترتب على ذلك النكاح محرمات المصاهرة، وإن قيل: إنه فسخ من حين الفسخ كما هو الظاهر، لا من حين العقد، ترتب على النكاح المحرمات المذكورة، كما أن الزوج مديون بالنفقة إن كان الفسخ من حينه، وغير مديون إن كان من أصله،

من غير فرق بين فسخ نفس الزوج بالعيوب، أو فسخ المرأة بها، إلى غير ذلك مما ذكرناه في كتب الإرث والنكاح والبيع وغيرها.

((لو عاد الملك إلى المشتري))

ثم قال الشرائع بعد فرعه السابق: ولو عاد الشقص إلى المشتري بملك مستأنف كالهبة أو الميراث لم يملك ردّه على البائع، ولو طلبه البائع لم يجب على المشتري إجابته.

وفي الجواهر: بلا خلاف أجده في شيء من ذلك بين من تعرض له كالشيخ والفاضلين والشهيدين.

وعلّله في المسالك وتبعه غيره بقوله: إنما لم يملك كل واحد من البائع والمشتري رد العين على تقدير عودها على ملك المشتري مع أن الواجب بالأصالة بعد الفسخ إنما هو العين، وإنما انتقل إلى قيمتها للتعذر وكانت بدلاً اضطرارياً، فينبغي أن يلغوا اعتبارها مع وجود العوض الاختياري، لسبق حكم الشارع بوجوب القيمة حين تعذر العين، فإذا دفعها المشتري ملكها البائع عوضاً شرعياً عن العين، فبرأت ذمة المشتري منها، و لم يكن لأحدهما إبطال ذلك.

لا يقال: ذلك كان في حال تعذر العين، فإذا ارتفع التعذر رجع الحكم إلى الأصل من تراد العوضين.

لأنه يقال: إنه لما خرج عن ملكه انتقل الأمر إلى البدل، ثم رجوع العين إلى ما كانت يحتاج إلى الدليل وهو مفقود، فليس المقام من قبيل بدل الحيلولة حتى يقال بأنه إذا رجع المبدل أعطى للمغصوب منه ونحوه واسترجع البدل، وقد ذكرنا تفصيل بدل الحيلولة في كتاب الغصب فراجعه.

وكيف كان، فليس لأحدهما إلزام الآخر بالعين، نعم إذا تراضيا بالعين صح من باب المراضاة لا من باب الواجب الأولى.

ومما تقدم يظهر وجه النظر في قول الجواهر: (نعم لو عاد إليه بفسخ للمعاملة الجديدة و لم نقل أن الفسخ مملك، بل هو مقتضى لعود الملك بالسبب الأول الذي قد فرض فسخه أمكن حينئذ ملك المشتري ردها عليه وملك البائع المطالبة بها، ضرورة كون ملكها حينئذ بالسبب الأول الذي قد فرض انفساخه، بل لعله كذلك لو فرض أخذ البائع القيمة ثم عادت العين للمشتري بفسخ للمعاملة التي كان السبب في خروجها، أمكن القول بأن للمشتري حينئذ إعادته عليه وأخذ القيمة منه، كما أنه يمكن للبائع مطالبة بها ورد القيمة إليه، لانكشاف رجوع العين إلى ملك البائع بالفسخ المزبور الذي يعاد معه الملك إلى مقتضى السبب السابق الذي قد فرض فسخ البائع له، وأن به يستحق على المشتري العين التي هي على ملكه بالسبب الحاصل) انتهى.

إذ قد تقدم أن الفسخ من حينه لا من أصله، ولذا كان النماء للمنتقل إليه لا للمنتقل عنه، وقد تقدم حرمة المصاهرة بسبب النكاح وإن فسخ، مما يظهر منه أن الفسخ ناقل وليس بكاشف فهو ملك جديد، وحاله حال الهبة والإرث، فقوله: (و لم نقل إن الفسخ مملك) إلى آخره، خلاف مقتضى القاعدة.

أما احتمال أن الشارع إنما حكم بالبدل مطلقاً سواء في الهبة أو الإرث أو الفسخ أو غير ذلك، لأنه قد تعذرت العين، فإذا أمكن العين رجع إلى مقتضى القاعدة من تراد العينين، ففيه: إن إطلاق دليل البدل يقتضي أن رجوع العين لا يوجب تبدل البدل إليها.

نعم لو ظهر بطلان البيع أو ما أشبه وجب رد العين، لأنها لم تنتقل عن ملكه حتى يكون المرجع البدل، والظن وما أشبه لا يسبب تغييراً في الواقع، وإن قامت عليه الأمارة ونحوها، كما حقق في محله من أن الأمارات والطرق لا توجب

تغيير الواقع إلاّ فيما دل الدليل على خلاف ذلك وهو شاذ، كما ورد في أن الحلف يوجب انقطاع المالك عن ملكه وإن كان حقه واقعاً[1]، كما ذكرنا تفصيله في كتاب القضاء وغيره.

((هل يرجع الشفيع بالتفاوت))

قال في الشرائع: (ولو كانت قيمة الشقص والحال هذه أقل من قيمة العبد، هل يرجع الشفيع بالتفاوت، فيه تردد، والأشبه لا، لأنه الثمن الذي اقتضاه العقد، ولو كان الشقص في يد المشتري فرد البائع الثمن بالعيب لم يملك منع الشفيع، لأن حقه أسبق ويأخذه بقيمة الثمن لأنه هو الذي اقتضاه العقد وللبائع قيمة الشقص وإن زادت عن قيمة الثمن) انتهى.

وفي المسالك: (أشار بهذا إلى عدم الفرق بتقديم حق الشفيع بين أن يكون قد أخذ بالشفعة وعدمه، ولا بين أن يكون الشقص في يد المشتري وعدمه، لاشتراك الجميع في المقتضي لترجيح حق الشفيع، وقد تقدم البحث فيه، وحينئذ فيأخذ بقيمة الثمن سليماً ثم يأخذ البائع من المشتري قيمة الشقص، وإن زادت عن قيمة الثمن، وإن الواجب هو الثمن المعين، فإذا فات بالرد فقيمة الشقص حيث تعذر أخذه بحق الشفيع، ولا يرجع المشتري على الشفيع بزيادة قيمة الشقص على الثمن، لأنه إنما يستحق عليه الثمن الذي وقع عليه العقد)[2] انتهى.

أقول: مسألتان في المقام:

المسألة الأولى: بين البائع والمشتري.

والمسألة الثانية: بين المشتري والشفيع.

أما المسألة الأولى: فمقتضى القاعدة أنه ظهر العبد الذي هو الثمن

---

(١) الوسائل: ج١٨ ص١٧٩ الباب ٩ ح١.

(٢) مسالك الأفهام: ج١٢ ص٣٥٥.

معيباً، فإن البائع مخير بين أمرين، أن يأخذ الأرش أو أن يفسخ البيع ويأخذ قيمة العبد لا قيمة الشقص، كما ذكره الشرائع والجواهر والمسالك وغيرهم، إذ مقتضى (ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده) أن المشتري لا يضمن أكثر من قيمة العبد الصحيح وإن ارتفعت الدار.

أما وجه عدم ضمان الأكثر فهو قاعدة (المغرور يرجع إلى من غره)، كما ليس على المشتري أجرة الدار إذا ظهر بطلان العقد بعد عشر سنوات مثلاً، وكذا إذا استفاد من ثمرة البستان ونحوه، لأنه دخل على مجانية كل ذلك والبائع افترض ذلك، فهو الذي أضر نفسه بسبب تغريره المشتري، وقد تقدم في بعض المباحث السابقة أن الغار لا يلزم أن يكون عالماً بغروره، وكذا في المدلس الذي يرجع إليه الزوج بالمهر لا يلزم أن يكون عالماً كما هو الغالب في أن الآباء لا يعلمون مثلاً أن في موضع من فتاهم قرن أو عفل أو ما أشبه ذلك، فالمراد بالغار والمدلس هو الذي صدر منه هذا الشيء لأنه السبب، سواء كان عالماً أو لم يكن عالماً، فإن الضمانات لا تدور حول العلم والجهل، كما حقق في محله.

وعلى أي حال، فعلى المشتري قيمة العبد يوم البيع زاد أو نقص.

ولو انعكس بأن فسخ البائع بعيب في العبد، وقد ارتفعت قيمة العبد، ولا يمكن إرجاع العبد، فإن على البائع قيمة العبد يوم البيع لا يوم الفسخ، ومن ذلك يظهر صورة زيادة قيمة أرش العبد في هذا اليوم عن يوم البيع، ونقصها في هذا اليوم عن يوم البيع، حيث المعتبر أرش يوم البيع، لأنه يجب على المشتري إعطاء البائع التفاوت بين العبد الصحيح والسقيم يوم البيع، لا التفاوت في هذا اليوم

الذي هو يوم الفسخ، إذ المعاملة وقعت بين ذلك العبد وتلك الدار في ذلك اليوم، لا في هذا اليوم، فقول الشرائع: (وللبائع قيمة الشقص وإن زادت عن قيمة الثمن) غير ظاهر، وإن علله في الجواهر بقوله: (لأنه مقتضى فسخه لرد الثمن ولا يرجع بها على الشفيع، كما عرفت الحال فيه، ولعل هذا ونحوه من تبعيض آثار الفسخ لا تبعيض الفسخ الذي سمعته في فسخ الشفيع الإقالة أو نلتزمه فيها كما سمعت احتماله من الشهيد بناءً على أنه كالمقام) انتهى.

ثم إنه إذا لم يكن للبائع على المشتري إلاّ قيمة العبد في ذلك اليوم أي يوم البيع، أو الأرش بقدره في ذلك اليوم أيضاً، فإذا أخذ البائع من المشتري الأرش أخذ المشتري من الشفيع الأرش، لما تقدم من أن الأرش والأصل هما القيمة معاً لا أحدهما.

أما إذا لم يأخذ منه الأرش، وإنما أخذ قيمة العبد بعد فسخه البيع، فإن الشفيع إذا كان أعطى للمشتري بقدر هذه القيمة فلا شيء عليه، أما إذا كان أعطى بقدر أقل، أي بقدر المعيب فعليه إعطاء التفاوت للمشتري، لأن الأصل والتفاوت هو الذي دفعه المشتري إلى البائع، والمفروض أن الشفيع إنما يجب عليه الإعطاء بقدر ما دفعه المشتري إلى البائع.

ومن ذلك يظهر أن زيادة القيمة أو نقصها في الأرش أو في الثمن يؤثران على الشفيع، كما يؤثران على البائع أو المشتري.

ومن ذلك يظهر وجه النظر في قول الشرائع المتقدم: (لو كانت قيمة الشقص والحال هذه أقل من قيمة العبد) إلى آخره، حيث إن الشفيع مكلف بالقيمة نتيجة، لا بالقيمة بدون ملاحظة الزيادة والنقيصة، فلو فرض صحة المبنى من تأثيرهما على المشتري يجب أن تؤثران على الشفيع أيضاً، لأن الشفيع

تابع، وهو آخذ بنفس الثمن لا بزيادة أو نقيصة.

ومنه يظهر وجه النظر في قول الجواهر: (بأنه لا يرجع الشفيع بالتفاوت، لأنه إنما يأخذ بالثمن، والفرض أن الثمن الذي اقتضاه العقد حال الأخذ بالشفعة ذلك، وليست قيمة الشقص التي أخذها البائع من الثمن في شيء، وإنما هو شيء استحقه البائع من المشتري بالفسخ حال انتقال العين عن ملكه، والحاصل بالسبب المزبور فلا حق للشفيع فيه، كما لا حق للمشتري على الشفيع لو فرض زيادة قيمة الشقص التي دفعها للبائع على قيمة العبد، ضرورة أنه لا يستحق عليه إلاّ قيمة الثمن الذي وقع عليه العقد وما غرمه بالفسخ المزبور لا مدخلية له في الثمن كما هو واضح، وحينئذ فدعوى أن الثمن الذي استقر على المشتري قيمة الشقص، والشفيع إنما يأخذ بالثمن الذي استقر، نحو ما سمعته في الأرش، واضحة الفساد، كوضوح الفرق بين المقام والأرش الذي قد عرفت تحقيق الحال فيه) انتهى.

إذ لم يعرف جهة وضوح الفساد، كما لم يعرف جهة وضوح الفرق بين المقام والأرش، فإنه إن صح المبنى الذي ذكره الشرائع، وتبعه الشارحان يلزم أن يقال: بأن الثمن هو ما استقر على المشتري زائداً كان أو ناقصاً، لكنك قد عرفت الإشكال في المبنى، وأنه لا يلزم على المشتري إلاّ قيمة العبد يوم البيع لا القيمة زادت أو نقصت والأرش زاد أو نقص.

نعم ما ذكره الجواهر بعد ذلك بقوله: (وكذا دعوى بطلان العقد فلم يعتبر ما وقع عليه، بل المعتبر ما استقر وجوبه على المشتري وهو القيمة، ضرورة أن الفسخ لم يبطل العقد من أصله، بل كان صحيحاً إلى حين الفسخ، فلا يزول مقتضاه بالفسخ الطارئ) انتهى.

تام، إذ الفسخ من حينه لا من أصله، كما حققناه في كتاب الإرث وهنا وبعض الكتب الأخر.

وعلى هذا فالمتجه هو المحكي عن الشيخ من الرجوع فيهما، بناءً على هذا المبنى الذي ذكره الشرائع، وإن قال الجواهر: لم نتحقق خلاف الشيخ، إذ المحكي عن عبارته يقتضي التردد من غير ترجيح.

وكيف كان، فالمبنى غير تام، وإن كان إن قيل بالمبنى يلزم قول الشيخ لا قول المحقق ومن تبعه.

((لو حدث عند البائع ما يمنع الرد))

ومما تقدم ظهر وجه قول الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: (وأما لو حدث عند البائع فيه ما يمنع من رد الثمن، كعيب أو تصرف، رجع بالأرش على المشتري لأنه المتعين له حينئذ على نحو ما سمعته في المبيع، ولا يرجع المشتري على الشفيع بالأرش إن كان قد أخذ بقيمة العوض الصحيح لعدم ظلامة له) انتهى.

وذلك لأن الشفيع إنما يأخذ بقيمة الصحيح، وقد أعطى القيمة للمشتري فلا وجه لرجوع المشتري عليه بعد أن أعطى للبائع الأرش.

نعم إن كان قد أخذ منه بقيمته معيباً رجع عليه بباقي قيمة الصحيح، لما سمعته في رجوع الشفيع عليه بالأرش، ضرورة استقرار الشقص حينئذ بالعبد والأرش الذي هو من مقتضى العقد المقتضي للسلامة فالثمن عرفاً ذلك، وكذا القول فيما لو رضي البائع به ولم يرده مع عدم المانع من رده، واختار الأرش كما ذكره الجواهر وغيره، وهذا مما يؤيد ما ذكرناه سابقاً من الإشكال في المبنى الذي ذكره الشرائع، وتبعه الشارحان.

أما لو عفى البائع عن الأرش ولم يطالب المشتري فالظاهر عدم استحقاق

المشتري على الشفيع، لأن المعيب هو القيمة لا أكثر، فلا يقال: إن الشفيع يجب عليه أن يعطيه الأرش، لأن المشتري إنما وهب للبائع بعض القيمة بإسقاطه الأرش، وهبة بعض القيمة لا يوجب تفاوتاً في القيمة التي يأخذها المشتري من الشفيع.

ومن الأحوال الثلاثة في العبد من أخذ الأرش أو الفسخ أو العفو، ظهر حال ما إذا كانت الدار معيبة حيث للمشتري على البائع الأرش أو الفسخ أو العفو، وكل ذلك تعطي نتائج مختلفة على الشفيع أيضاً، فإطلاق الجواهر بقوله: (كما أن الظاهر عدم استحقاق الشفيع له على المشتري لو كان في المبيع) غير ظاهر، والله سبحانه العالم.

((**ذو اليد وحق الشفعة**))

(**مسألة ٣١**): قال في الشرائع: (لو كانت دار لحاضر وغائب، وحصة الغائب في يد آخر فباع الحصة وادعى أن ذلك بإذن الغائب، قال في الخلاف: تثبت الشفعة، ولعل المنع أشبه، لأن الشفعة تابعة لثبوت البيع) انتهى.

أقول: مقتضى القاعدة ما ذكره الشيخ، وذلك لأن من في يده شيء فهو ذو يد، وذو اليد قوله حجة بالنسبة إلى ما في يده، سواء علمنا بأنه أمانة في يده أو لم نعلم هل أنه له أو ليس له، ففي الظاهر الحكم تابع لقول ذي اليد، وفي الواقع لواقعه، فإن انكشف الخلاف عمل بالواقع، وإلاّ عمل بالظاهر، فدعوى الإذن ممن في يده المال طريق شرعي لثبوت ذلك، ولذا جاز الأخذ منه والتصرف وغيره فيه، لاعتبار قول ذي اليد الذي لا معارض له.

وكذا الحال فيما إذا كان مال الصغير في يد إنسان ويدعي أنه ولي أو وصي أو قيّم، فإنه يجوز التصرف في المال حسب قوله، لأنه ذا يد لا معارض له.

ولذا قال في الجواهر راداً على الشرائع: (إن كان المراد الثبوت في نفس الأمر على وجه لو جاء المالك فأنكر لم يكن له الانتزاع من يد الشفيع، فقد عرفت أن مجرد دعوى من في يده المال الإذن ليس طريقاً شرعياً لثبوت ذلك، وإن كان المراد جواز أخذ الشفيع من يد المشتري الشقص بها على نحو أخذ المشتري له من يد مدعي الإذن، ثم الغائب على حجته، فقد يقال بالجواز).

ثم قال بعد نقله عن التحرير: إن الأول أقوى، (وفيه: إنه بعد العلم بكونه مالاً للغير لا إشكال في أنه إقرار عن الغير، إلاّ أنه قد عرفت جواز الأخذ منه والتصرف باعتبار كونه ذا يد ولا معارض له، كما تقدم تحرير ذلك في محله على

وجه لا ينبغي التردد المزبور من الجماعة، فضلاً عن اختيار العدم كما في المتن بعد أن حكى عن الشيخ الثبوت المحتمل لإرادة المعنى الذي ذكرناه) انتهى.

ومنه يعرف عدم وجه للتردد في القواعد، قال: (ولو ادعى الحاضر من الشريكين على من في يده حصة الغائب الشراء من الغائب فصدقه احتمل ثبوت الشفعة لأنه إقرار من ذي اليد، وعدمه لأنه إقرار على الغير، فإن قدم الغائب وأنكر البيع قدم قوله مع اليمين وانتزع الشقص).

وفي مفتاح الكرامة: (إن الاحتمالين ذكرهما في التذكرة والدروس من دون ترجيح).

وقال في شرح قوله: (فإن قدم الغائب) إلخ: (كما ذكر ذلك كله في التذكرة والدروس، أما التخيير فظاهر تقديم قوله بيمينه).

ومنه يعلم وجه النظر في قول الجواهر بعد كلامه المتقدم مما أيّد فيه الشيخ: (اللهم إلاّ أن يقال: إن عنوان الشفعة نصاً وفتوىً تحقق صدق (باع الشريك) وهو غير متحقق هنا، فلا تثبت الشفعة على وجه إن لم يبادر إليها تبطل بناءً على الفور، وجواز أخذ المشتري منه لا يحقق الصدق المزبور، فليس للشفيع الأخذ لعدم تحقق عنوان ثبوت الشفعة، بخلاف جواز الشراء ظاهراً منه، فإنه لا عنوان له على الوجه المزبور، على أن السيرة التي هي العمدة في الحكم المزبور، إنما هي في التصرف بإذنه لا مطلق التصرف حتى القهري الذي لا يرجع إلى إذنه، بل هو تابع للحكم الشرعي المعلق على عنوان خاص، والفرض عدم تحققه) انتهى.

إذ الأدلة الثانوية واردة على الأدلة الأولية، ولذا يقال بالأخذ بالشفعة فيما قام شاهدان ونحوه، فإنه لا شك في لزوم بيع الشريك، أما بيعه بنفسه فلا، فإنه

يصح بيعه بوكيله ووليه ووصيه وقيّمه والحاكم الشرعي وأمينه، وكل ذلك يثبت حسب الموازين الشرعية، والتي منها كون الإنسان الذي بيده يقوم بذلك من باب ذي اليد.

نعم إن تردد الشريك يمكن عدم وجوب الفور، وإن قلنا بالفور لأنه يعد عذراً عرفاً، وقد تقدم أن الأعذار المنافية للفورية لا تسقط الشفعة، بل الشريك على شفعته إذا ارتفع عذره، فقوله: (الفرض عدم تحققه) غير ظاهر.

كما أن قوله: (إن السيرة هي العمدة في الحكم المزبور) إلخ، غير ظاهر أيضاً، لأن السيرة:

أولاً: ليست هي العمدة.

وثانياً: إن السيرة على الخلاف، فإن من بيده مال غيره يكون قوله حجة فيه عند عرف المتشرعة.

ومن ذلك يظهر قوة ما ذكره جامع المقاصد، فإنه بعد أن ضعف الأول بأنه إقرار في حق الغير، قال: (لكن يشكل بشيء، وهو أن من بيده مال الغير مصدق في دعوى الوكالة بغير خلاف، ويجوز الشراء منه والتصرف تعويلاً على قوله، وكذا لو ادعى الشراء من المالك يسمع، فلم لا تثبت الشفعة بدعواه الشراء مع الحكم بنفوذه، وقوى في التحرير ثبوت الشفعة، والذي يخطر بالبال أنه إن كان المراد بثبوت الشفعة انتزاع الحاكم الشقص وتسليمه إلى المدعي كما هو المتبادر من ذكر الدعوى فهو مشكل، والظاهر العدم لأن مجرد دعوى الشراء ممن في يده مال الغير لا يبطل الثبوت شرعاً، وليس المراد بجواز الشراء منه لو ادعى الوكالة الحكم بالوكالة، وإن كان المراد جواز أخذ المدعي ذلك بدعوى من بيده المال الشراء فليس ببعيد، كما يجوز له الشراء

والاتهاب ونحوهما من التصرفات، ثم يكون الغائب على حجته) انتهى.

وإن كان الظاهر أن في شقه الأول حيث قال: (والذي يخطر بالبال) إلخ نوع نظر، إذ لما حكم شرعاً بصحة قول ذي اليد فيما تحت يده، وإن كنا علمنا أنه سابقاً لغيره، كان مقتضى القاعدة انتزاع الحاكم الشقص وتسليمه إلى المدعي، كما في سائر موارد الشراء، مع أنا نعلم بأن المال لم يكن سابقاً لهم، ومثله قبول الهبة وما أشبه من الضيافة ونحوها، وأي فرق بين أن يدعي أنه اشتراه منه فيجوز للإنسان التصرف فيه حسب قوله، وبين أن يقول: هو ملك المالك، وإنما هو مأذون بالتصرف فيه أي نوع من التصرف.

ويؤيد ما ذكرناه ما رواه حفص بن غياث، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال: قلت له: رجل قال له رجل: إذا رأيت شيئاً في يد رجل يجوز لي أن أشهد أنه له، قال: «نعم»، قال الرجل: أشهد أنه في يده، ولا أشهد أنه له فلعله لغيره، فقال أبو عبد الله (عليه السلام): «أفيحل الشراء منه»، قال: نعم، فقال أبو عبد الله (عليه السلام): «فلعله لغيره، فمن أين جاز لك أن تشتريه ويصير ملكاً لك، ثم تقول بعد الملك هو لي وتحلف عليه ولا يجوز أن تنسبه إلى من صار ملكه من قبله إليك»[1].

ثم قال الجواهر في رد ما ذكره جامع المقاصد من عدم جواز انتزاع الحاكم: (لا يخفى عليك ما فيه بعد التأمل فيما ذكرناه، وحكم الحاكم على من في يده المال بعد اعترافه بالشراء وبانتزاعه منه مؤاخذاً له بإقراره المتعلق به، ليس حكماً على الغائب الذي هو على حجته، بل لا وجه لعدم الانتزاع منه بعد إيجاد سبب الأخذ

(١) الوسائل: ج١٨ ص٢١٥ الباب ٢٥ من كيفية الحكم ح٢.

بالشفعة مع فرض جواز الأخذ منه بالدعوى المزبورة التي هي إقرار في حقه ودعوى في حق الغير، نحو الحكم بالانتزاع ممن في يده المال المدعي للوكالة، ثم امتنع بعد أن جرت صيغة البيع بينه وبين المشتري)[١].

فقول الجواهر بعد ذلك: (لو قلنا بعدم جواز الأخذ على وجه يتصرف بالشقص اتجه عدم جواز الانتزاع، وإن كان لو أخذ بالشفعة قولاً مع دفع الثمن وصادف صدق المدعي ترتب عليه حكم الملك من حين الأخذ، وإن لم يكن عنوانها ثابتاً في الظاهر، ولكن يكفي فيه كونه كذلك في نفس الأمر)[٢] انتهى.

محل مناقشة، إذ لا وجه لقوله: (لو قلنا) بعد أن عرفت أن مقتضى القاعدة تصديق ذي اليد بما في يده، سواء ادعى الملكية أو الوكالة أو الوصاية أو ما أشبه.

ثم قال: (إنما الكلام في جريان أحكام الشفعة من التصرف فيه بغير رضاه وانتزاعه منه قهراً وبطلان الشفعة مع عدم الفور بها، وغير ذلك من أحكامها بمجرد دعوى الوكالة، والفرض أن جميعها أحكام شرعية مترتبة على موضوع لم يتحقق، ولا أقل من الشك، والأصل عدم ترتب هذه الآثار، فلا ريب في أن الأحوط عدم ذلك كله، ولذا قال الجواهر أخيراً: لكن الإنصاف مع ذلك كله أن الجواز لا يخلو من وجه)[٣] انتهى.

بل اللازم القول به، فهو لا يخلو من قوة.

ثم إن ظهر كذب المدعي للوكالة والإذن والولاية والوصاية وما أشبه، فإن أجاز المالك البيع، فإن قلنا بالكشف صحت الشفعة، وإن قلنا بالنقل احتاج الأمر إلى الأخذ بالشفعة حالاً إن كان الشروط في الشفعة متوفرة في حال الإجازة، كما هو واضح.

---

(١) جواهر الكلام: ج٣٧ ص٤٢٠.

(٢) جواهر الكلام: ج٣٧ ص٤٢٠.

(٣) جواهر الكلام: ج٣٧ ص٤٢٠.

((فروع في حضور الغائب))

قال في الشرائع: (فلو قضى بها وحضر الغائب فإن صدق فلا بحث، وإن أنكر فالقول قوله مع يمينه، وينتزع الشقص وله أجرته من حين قبضه إلى حين رده، ويرجع بالأجرة على البائع إن شاء لأنه سبب الإتلاف، أو على الشفيع لأنه المباشر للإتلاف، فإن رجع على مدعي الوكالة لم يرجع الوكيل على الشفيع، وإن رجع على الشفيع رجع الشفيع على الوكيل لأنه غره، وفيه قول آخر، وهذا أشبه).

أقول: كل ذلك واضح، أما كون القول قوله مع يمينه فلأن الذي كان بيده مدع وهو منكر، فإذا لم تكن البينة للمدعي كان اليمين مع من أنكر، وأما أن له أجرته من حين قبضه إلى حين رده فلعموم «على اليد ما أخذت»[1] وغيره من أدلة الضمان.

لكنا ذكرنا في كتاب الغصب أن الأجرة إنما هي فيما إذا فاتت، أما إذا لم تفت الأجرة فلا ضمان على تفصيل ذكرناه هناك، وأما أنه له الأجرة على أي من البائع أو الشفيع، فلما ذكره الشرائع من أنه سبب الإتلاف أو المباشر للإتلاف، بل وعلى المشتري بما قبل ذلك للمباشرة أيضاً، وبعد ما انتقل على الشفيع، لعموم «على اليد» إذ أيادي كل هؤلاء مترتبة، فيد البائع أولاً، ويد المشتري ثانياً، ويد الشفيع ثالثاً، فكل واحد مأخوذ بما تلف تحت يده أو ما تلف بعده.

وأما أنه إن رجع على مدعي الوكالة لم يرجع الوكيل على الشفيع ولا على المشتري، فقد علله في الجواهر (باعترافه بكون المنافع لهما، وأنه ظالم له بأخذ الأجرة منه، والمظلوم لا يرجع على غير من ظلمه) انتهى.

(١) المستدرك: ج٣ ص١٤٥ الباب ١ من الغصب ح٤.

لكن يلزم أن يقال: إنه لا يرجع إليهما وإن أقر بكذبه، لأنه غار فلا يرجع إلى المغرور، فلا يتوقف الحكم على اعترافه كما ذكره، وقد ذكرنا هنا وفي كتاب الغصب أن الغار لا يجب أن يكون عامداً، بل وإن كان جاهلاً جهلاً مركباً، أو جهلاً بسيطاً، فإنه مرجوع إليه.

وأما أنه إن رجع على المشتري أو الشفيع رجع كل منهما على الوكيل، فلما ذكره الشرائع في كلامه المتقدم بأنه غره.

لكن قيده في الجواهر بقوله: (إذا لم يصدر منهما ما يقتضي تصديق مدعي الوكالة، وإلا لم يرجع من صدر منه ذلك عليه أيضاً لاعترافه بظلم المالك)، وهو كما ذكره.

وأما القول الآخر، فهو محكي عن المبسوط، وهو رجوع مدعي الوكالة على الشفيع لو رجع المالك عليه لاستقرار التلف في يده.

ولكن القول الأول هو الأشبه، كما ذكره الشرائع، لأن استقرار التلف في يد الشفيع لا يوجب الرجوع إليه بعد ما غره الوكيل.

نعم يتم مع اعترافه بكذب المدعي في دعواه الوكالة، فيكون كالغاصب الذي يستقر عليه الضمان مع التلف بيده كما ذكره في الجواهر.

ومما تقدم وغيره مما ذكرناه في كتاب الغصب ظهر وجوه النظر في قول المسالك، حيث قال في تفسير عبارة الشرائع: (لا شبهة في جواز رجوع المالك بما فات من منافع الشقص من حين قبض المشتري وبعد قبض الشفيع إلى حين رجوعه إليه، ولا في تخيره في الرجوع على من شاء ممن فاتت في يده، ومن يدعي الوكالة لاشتراكهما في ترتب اليد على ماله، كما تقدم في نظائره من

الغصب وغيره، لكن إنما يرجع على الشفيع بأجرة زمان قبضه، وعلى المشتري ما قبل ذلك، وعلى مدعي الوكالة بالجميع إن شاء.

ثم إن رجع على مدعي الوكالة لم يرجع على أحدهما، لاعترافه بأن المنافع حقه، وأنه ظالم له في الرجوع عليه، والمظلوم لا يرجع على غير ظالمه، وإن رجع على القابض رجع على الوكيل لأنه غره بدعواه الوكالة، وهذا إنما يتم إذا لم يصدر من القابض ما يقتضي تصديق مدعي الوكالة فيها، وإلاّ لم يرجع عليه أيضاً لاعترافه بظلم المالك له) انتهى.

إذ يرد عليه أنه لو رجع على مدعي الوكالة لم يرجع على أحدهما ليس على إطلاقه، بل إن كان مدعي الوكالة جاهلاً وأحدهما عالماً كان له الرجوع عليه، لأن المتلف قد أتلف مال المالك ظلماً، بينما الوكيل جاهل، والجاهل ليس بغار فيما إذا كان طرفه عالماً حتى يشمله دليل «المغرور يرجع إلى من غر».

ومنه يعلم حال ما إذا كان الشفيع عالماً والمشتري جاهلاً، حيث إن التلف الذي وقع بيد الشفيع يكون مضموناً على نفس الشفيع، فإذا رجع المالك على المشتري كان له الحق في الرجوع على الشفيع فيما تلف بيد الشفيع.

كما ظهر مما تقدم وجوه النظر في قول التحرير حيث قال: (ولو كان الشريك غائباً فادعى الحاضر على من حصة الغائب في يده أنه اشتراه من الغائب فصدقه احتمل أخذه بالشفعة، لأن من كانت العين في يده مصدق في تصرفه، وعدمه لأنه إقرار على غيره، والأول أقوى.

وكذا لو باع القابض وادعى الشفيع إذن الغائب، فإن أوجبنا الشفعة وقدم الغائب فأنكر البيع أو الإذن قدم قوله مع اليمين ويأخذ الشقص ويطالب بالأجرة من شاء منهما، فإن طالب الوكيل رجع على الشفيع لتلف المتاع في يده، وإن طالب الشفيع لم يرجع على أحد)[1] انتهى.

ثم إن أنكر مدعي الوكالة وكالته بعد ما باع للمشتري مدعياً الوكالة لم ينفع الإنكار، لأنه من الإنكار بعد الإقرار، كما أنه لو باعه فضولة ثم ادعى الوكالة لم ينفع ادعاؤه الوكالة بعد اعترافه بأنه فضول.

كما أن مما ذكر في باب بيع الفضولي ثم إرثه للمبيع يظهر ما لو ادعى الوكالة فباع، ثم ظهر كذبه، ثم ورث المال، في أنه هل يحتاج إلى إجازة جديدة، أو يفسد البيع من حين إرثه، إلى غير ذلك من الفروع التي تعرف من كتابي البيع والغصب.

((إذا أبرأ البائع المشتري من بقية الثمن))

ثم قال في الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: (ولو اشترى شقصاً بمائة مثلاً، ودفع إليه عوضاً يساوي عشرة مثلاً، أو أبرأه من الثمن كلاً أو بعضاً لزم الشفيع تسليم مائة، أو يدع لأنه يأخذ بما تضمنه العقد نصاً وفتوى، وإن وقع بعد ذلك بين البائع والمشتري إبراء أو معاوضة عنه بشيء لا يساويه، أو نحو ذلك مما لا مدخلية له في صدق تضمن العقد إياه كما هو واضح).

أقول: هو كذلك، وأما ما ورد عن الصادق (عليه السلام) كما في دعائم الإسلام من قوله: «إذا وضع البائع من المشتري بعد عقد الشراء ما يوضع مثله بين المتبايعين وضع مثل ذلك من الشفيع، وإن كان الذي وضع ما لا يوضع

---

(١) تحرير الأحكام الشرعية: ج٤ ص٥٨٤ ط الحديثة.

مثله فإنما هو هبة للمشتري، وليس يوضع عن الشفيع»[1]. فالمراد بالشق الأول منه ما إذا كان الثمن هو بعد الموضوع عرفاً، فالموضوع لا يعد من الثمن، والقرينة على ذلك إردافه بالشق الثاني بقوله (عليه السلام): «وإن كان الذي وضع ما لا يوضع مثله» إلخ، فهو غير مناف لما ذكره الجواهر من دلالة النص والفتوى على أن الاعتبار بالقيمة لا بالزيادة والنقيصة بعد ذلك.

كما أن مما تقدم يظهر وجه قوله الآخر (عليه السلام)، حيث قال: «إذا قام الشفيع على المشتري فقال: اشتريت بكذا وكذا، فسلم له الشفعة، ثم علم أنه اشترى بأقل من ذلك، قال له: الرجوع إن أحب القيام بشفعته»[2].

---

(١) المستدرك: ج٣ ص١٤٩ الباب ١١ من الشفعة ح٩.

(٢) المستدرك: ج٣ ص١٤٩ الباب ١١ من الشفعة ح٨.

فصل

في مسقطات الشفعة

((بطلان الشفعة بترك المطالبة))

من المسقطات عند غير واحد، بل المشهور، بل في الرياض شهرة عظيمة: بطلان الشفعة بترك المطالبة مع العلم وعدم العذر.

وعن المرتضى، وأبي علي، وعلي بن الحسين الصدوق، وأبي المكارم، وابن إدريس، وأبي الصلاح: لا تبطل إلاّ أن يصرح بالإسقاط، ولو تطاولت المدة.

وحيث قد تقدم الكلام في ذلك فلا داعي إلى تكراره.

((إسقاط الشفعة قبل البيع))

ومن المسقطات على اختلاف ما ذكره الشرائع قال: (ولو نزل عن الشفعة قبل البيع لم تبطل مع البيع، وفيه تردد).

وقال في مفتاح الكرامة عند قول العلامة: (ولو أسقط حقه من الشفعة قبل البيع أو نزل عنها أو عفا أو أذن فالأقرب عدم السقوط): (اختلف الأصحاب في مسائل هي مسقطة للشفعة أم لا، سواء قلنا إنها على الفور أو التراخي.

الأولى: أن يترل عن الشفعة قبل البيع، بمعنى أنه يتركها ويعفو عنها، ففي سقوطها حينئذ قولان:

الأول: عدم السقوط، كما هو خيرة أبي علي فيما حكي من كلامه، والمبسوط

والسرائر والنافع والتذكرة والتحرير والتبصرة والإيضاح والتنقيح وجامع المقاصد والمسالك والكفاية والمفاتيح، وهو ظاهر الحواشي، وفي التنقيح إن عليه الفتوى.

الثاني: السقوط كما هو خيرة الإرشاد، وظاهر مجمع البرهان، وكذا غاية المراد، وتردد في الشرائع، وهو ظاهر الدروس، حيث لا ترجيح فيه، لكنه يلوح منه الميل إلى السقوط.

وقد نسب فيه التردد إلى المختلف، وفي المقنعة والنهاية والوسيلة وجامع الشرائع أنه متى عرض البائع الشيء على صاحب الشفعة بثمن معلوم فلم يرده فباعه من غيره بذلك الثمن أو زائداً عليه لم يكن لصاحب الشفعة المطالبة، وإن باع بأقل من الذي عرض عليه كان له المطالبة بها)، إلى آخر كلامه.

استدل القائلون بعدم السقوط بأنه إسقاط ما لم يجب، فما دام لم يكن بيع لم يكن حق، فإذا حدث البيع حدث الحق، ولا دليل على أن الحق قبل البيع حتى يكون الرضا أو الإسقاط أو نحوه موجباً لسقوطه.

ويدل عليه مرسل يونس، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال: سألته عن الشفعة لمن هي، وفي أي شيء هي، ولمن تصلح، وهل تكن في الحيوان شفعة، وكيف هي، فقال (عليه السلام): «الشفعة جائزة في كل شيء من حيوان أو أرض أو متاع إذا كان الشيء بين شريكين وغيرهما فباع أحدهما نصيبه فشريكه أحق به من غيره، وإن زاد على الاثنين فلا شفعة لأحدهم»[1].

وعن الحلبي، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، إنه قال في المملوك يكون بين

(١) الوسائل: ج١٧ ص٣٢١ الباب ٧ ح٢.

شركاء فيبيع أحدهم نصيبه، فيقول صاحبه: أنا أحق به أله ذلك، قال: «نعم إذا كان واحداً»، قيل له: في الحيوان شفعة، قال: «لا»[1].

وعن عبد الله بن سنان، قال: قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): المملوك يكون بين شركاء فباع أحدهم نصيبه، فقال أحدهم: أنا أحق به أله ذلك، قال: «نعم، إذا كان واحداً»[2].

وفي الرضوي (عليه السلام): «روي أن الشفعة واجبة في كل شيء، الحيوان والعقار والرقيق، إذا كان الشيء بين الشريكين فباع أحدهما فالشريك أحق به من الغريب، وإذا كان أكثر من اثنين فلا شفعة لواحد منهم»[3].

وعن دعائم الإسلام، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، إنه قال: «إذا كان العبد بين رجلين فباع أحدهما نصيبه فالآخر أحق بالبيع، وليس في الحيوان شفعة»[4].

إلى غير ذلك.

أما القائلون بالسقوط، فقد استدلوا بأمور:

الأول: إن الأصل عدم الشفعة فيما شك فيه بعد كونها خلاف الأصل، لأن تسلط الإنسان على ملك غيره خلاف قاعدة «الناس مسلطون» خرج منه القدر المتيقن، وهو ما إذا لم يسقطه قبل البيع، فإذا أسقطه كان المرجع عموم «الناس مسلطون»[5].

وقد أيد ذلك بإسقاط الزوجة النفقة قبل مجيء وقتها، وإجازة الورثه الوصية بما زاد على الثلث قبل الموت، وإجازة الزوجة سفر الزوج أكثر من أربعة أشهر، وإجازة الزوج سفرها

---

(١) الوسائل: ج١٧ ص٣٢١ الباب ٧ ح٣.

(٢) الوسائل: ج١٧ ص٣٢١ الباب ٧ ح٤.

(٣) المستدرك: ج٣ ص١٤٨ الباب ٧ ح١.

(٤) المستدرك: ج٣ ص١٤٨ الباب ٧ ح٣.

(٥) الغوالي: ج٢ ص١٣٨.

إلى غير ذلك من الحقوق التي تسقط قبل وقتها، خصوصاً إذا قلنا: إن الشفعة عرفي، والعرف يرون السقوط بالإسقاط قبل الوقت الذي هو وقت البيع.

الثاني: إن الشفعة إنما شرعت لإزالة الضرر، كما أومأ إليه في بعض الروايات، كخبر عقبة[(١)] وغيره، ولا ضرر في المقام لأنه قد عرضه عليه وامتنع فنزل عن الشفعة، وحيث لا ضرر فلا شفعة، ولو احتمل أنه ضرر أيضاً لندمه ونحوه فلا يؤخذ به، لأنه هو الذي أدخله على نفسه، كما لو أخر المطالبة فيمن يقول بالفور.

الثالث: جملة من الروايات:

مثل رواية جملة من العلماء مراسيل، عن النبي (صلى الله عليه وآله)، يدل على السقوط لو عرضه على الشريك فلم يقبله و لم يأخذ به قبل البيع.

قال في النهاية: إن عرض البائع الشيء على صاحب الشفعة بثمن معلوم فلم يرده فباعه من غيره بذلك الثمن، أو أزيد عليه لم يكن لصاحب الشفعة المطالبة، وإن باع بأقل من ذلك الذي عرض عليه كان له المطالبة[(٢)].

وقال فيها أيضاً: وإذا علم الشريك بالبيع و لم يطالب بالشفعة، أو شهد على البيع أو بادل للبائع فيما باع أو للمشتري فيما ابتاع لم يكن له المطالبة بعد ذلك بالشفعة[(٣)].

وقال في مفتاح الكرامة: (الخبر المروي في السرائر على عبارة النهاية إلاّ قوله في النهاية: (إن باع بأقل) إلى آخره، فليس مروياً في الخبر. والمروي في التذكرة[(٤)] بمتن آخر.

---

(١) الوسائل: ج١٧ ص٣١٩ الباب ٥ ح١.

(٢) النهاية: ص٤٢٥ ط قم.

(٣) النهاية: ص٤٢٤ ط قم.

(٤) التذكرة: ج١ ص٥٨٩.

فقد روي عن جابر، عن النبي (صلى الله عليه وآله): «الشفعة في كل شركة بأرض أو ربع أو حائط لا يصلح أن يبيع حتى يعرض على شريكه فيأخذ أو يدع»، قال: فقد أجاز تركه، قلت: والمراد بالأخذ الشراء لا الأخذ بالشفعة، وقد رواه الشهيد ومن ذكره بعده أنه قال (صلى الله عليه وآله): «لا يحل أن يبيع حتى يستأذن شريكه، فإن باع ولم يأذن فهو أحق به».

وفي غاية المراد والتنقيح والدروس والمهذب البارع ومجمع البرهان وغيره بمتن آخر، ولم ينسب في أحد هذه إلى العامة، بل ظاهرهم جميعاً حتى المقدس الأردبيلي ثبوته، وغايته أنه مرسل، ولم نقف على راد له وقائل بأنه عامي قبل صاحب الحدائق، فتبعه شيخنا صاحب الرياض)، إلى آخر كلامه.

وفي رواية ابن سنان، أنه سأله عن مملوك بين شركاء أراد أحدهم بيع نصيبه، قال (عليه السلام): «يبيعه»، قلت: فإنهما كانا اثنين فأراد أحدهما بيع نصيبه فلما أقدم على البيع قال له شريكه: أعطني، قال: «هو أحق به»، ثم قال (عليه السلام): «لا شفعة في الحيوان إلاّ أن يكون الشريك فيه واحداً»[1].

وفي الرضوي (عليه السلام): «ولا ضرر في شفعة ولا ضرار، والشفعة على البائع والمشتري، وليس للبائع أن يبيع أو يعرض على شريكه أو يجاوره، ولا للمشتري أن يمتنع إذا طولب بالشفعة»[2].

وقال (عليه السلام): «وإنما يجب للشريك إذا باع شريكه أن يعرض عليه، فإن لم يفعل يطلب الشفعة متى ما سأل إلاّ أن يتجافى عنه، أو يقول: بارك الله لك فيما اشتريت أو بعت، أو يطلب منه مقاسمة.

(١) الوسائل: ج١٧ ص٣٢٢ الباب ٧ ح٧.

(٢) المستدرك: ج٣ ص١٤٩ الباب ١١ ح١٢.

وعن غوالي اللئالي، عن النبي (صلى الله عليه وآله) أنه قال: «لا يحل أن يبيع حتى يستأذن شريكه، وإن باع ولم يأذن فهو أحق به»[1].

لكن الدلالة المذكورة كلها محل مناقشة، إذا الأصل لا يدفع الإطلاق، ولا ضرر حكمة لا علة كما تقدم، والروايات بالإضافة إلى ضعف سندها غير ظاهرة الدلالة أو معارضة بأظهر منها دلالةً مثل ما تقدم.

وما عن غوالي اللئالي، عن النبي (صلى الله عليه وآله) قال: «الشفعة في كل مشترك ربع أو حائط فلا يحلّ له أن يبيعه حتى يعرضه على شريكه، فإن باعه فشريكه أحق به»[2].

والرضوي (عليه السلام): «روي أنه ليس في الطريق شفعة» إلى أن قال: «ولا في شيء مقسوم، فإذا كانت دار فيها دور وطريق أبوابها في عرصة واحدة فباع رجل داراً منها من رجل فكان لصاحب الدار الأخرى شفعة إذا لم يتهيأ له أن يحول باب الدار التي اشتراها إلى موضع آخر، فإن حوّل بابها فلا شفعة لأحد عليه»[3].

وفي المقنع، الذي هو متون الروايات: «وإذا كانت دار فيها دور وطريق أبوابها في عرصة واحدة فباع أحد منهم داراً منها من رجل فطلب صاحب الدار الأخرى الشفعة، فإن له عليه الشفعة إذا لم يتهيأ له أن يحول باب الدار التي اشتراها إلى موضع آخر فإن حول بابها فلا شفعة لأحد عليه»[4].

وعن دعائم الإسلام، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، إنه سئل عن رجل ادعى أنه

---

(١) المستدرك: ج٣ ص١٤٩ الباب ١١ ح١٤.

(٢) المستدرك: ج٣ ص١٤٧ الباب ١ ح١.

(٣) المستدرك: ج٣ ص١٤٧ الباب ٤ ح٢.

(٤) المستدرك: ج٣ ص١٤٧ الباب ٤ ح٣.

اشترى شقصاً عن غائب فقام عليه الشفيع، قال: «لا شفعة له حتى يثبت البيع»[1].

إلى غير ذلك.

وكيف كان، فقد ظهر بذلك وجه النظر في قول الجواهر، حيث قال في أواخر كلامه: (نعم بقي شيء، وهو أنه قد يقال: إن مقتضى ما في غير واحد من النصوص من كون الشريك أحق متى أراد شريكه البيع يثبت الحق له قبل البيع بحيث لو باع كان له انتزاعه من المشتري، فحق الشفعة حينئذ الثابت له بعد البيع مترتب على الأحقية السابقة على البيع، وإن كان لا يأثم بالمخالفة، خلافاً لبعض الشافعية، فضلاً عن صحة بيعه، فإن حق الشفعة بعد البيع لا يفسد معه التصرف، وإن كان للشفيع فسخه، وحينئذ فيتجه صحة إنشاء الإسقاط قبل البيع، ولعله إلى ذلك نظر العلامة وغيره ممن قال بصحته، مضافاً إلى النصوص السابقة، وهذا شيء دقيق وجيد جداً) انتهى.

فإنه قد عرفت أن ظاهر الأدلة بعد الجمع أن الحق إنما يكون بعد البيع لا قبله، فإشعار بعض النصوص لا يصل إلى الدلالة، ولو وصل إلى الدلالة كانت دلالة غيرها أظهر كما سبق، ولذا جعل في المسالك عدم السقوط أقوى، قال: (لعموم الأدلة، ومنع كونه حينئذ حقه، فلا يسقط بإسقاطه، كما لو أسقطه غير المستحق، ومنع بطلانها بما دل على الرضا بالبيع).

وكيف كان، فقد ظهر مما ذكرناه وجه النظر في جملة من أدلة الطرفين، مثل ما عن مجمع البرهان من أنه استدل على السقوط بأنه وعد، والأدلة على وجوب الوفاء به كثيرة، ولولا خوف خرق الإجماع لكان القول بوجوب الإيفاء متوجهاً، فالقول به هنا غير بعيد، لعدم الإجماع على خلافه.

وما عن الرياض

(١) المستدرك: ج٣ ص١٤٨ الباب ١١ ح٣.

من الاستدلال على عدم السقوط بإجماع الانتصار وأنه هو الحجة.

وما عن التقيح من أن عليه الفتوى، مع أنه كما في مفتاح الكرامة لا فتوى في الشرايع والمختلف والدروس وغاية المراد، مع الميل في الآخرين إلى السقوط، وفتوى الإرشاد بخلاف ذلك، هذا مع الغض عن فتوى المتقدمين.

ومنه يعلم أنه لا وجه لتردد صاحب الحدائق، وإن قال أخيراً بعدم الشفعة، قال: (المسألة لخلوها عن النص محل إشكال كغيرها من الفروع المذكورة، وإن كان القول بما ذهب إليه ابن إدريس ومن تبعه أقرب)[1]، نظراً إلى عموم أدلة الشفعة بأن الإسقاط قبل ثبوت الشفعة غير مؤثر في المنع، وإلا لصحّ ذلك في غير هذا الحق من الحقوق مع أنهم لا يقولون به.

((من صور الخلاف))

ثم إن قلنا بالسقوط قبل البيع، واختلفا في أنه هل أسقط أو لا، فالقول قول المنكر، كما أنه إذا قلنا: بأن السقوط لا يكون إلاّ بعد البيع، لا ينفع الإسقاط قبل تمام البيع ولو في اثناء العقد، لأنه بتمام البيع يثبت الحق، وإذا لم يتم البيع لم يكن حق، ولا فرق بين أن يكون البيع عقدياً أو معاطاتياً، لأن المعاطاة أيضاً تنتهي بالتسالم كما حقق في محله.

ولو شك في أنه هل وقع الإسقاط قبل تمام البيع أو بعده، كان مقتضى القاعدة ثبوتها، إذ لم يعلم بسقوطها، ويأتي هنا مسألة مجهول التاريخ ونحوها.

((مسقطات أخرى للشفعة))

قال في الشرائع: (وكذا لو شهد على البيع أو بارك للمشتري أو للبائع، أو أذن للمشتري في الابتياع، فيه التردد لأن ذلك ليس بأبلغ من الإسقاط قبل البيع).

أقول: هذه موارد اختلفوا في إسقاطها للشفعة وعدم إسقاطها لها.

((الإشهاد على البيع))

فالأول: أن يشهد على البيع، بمعنى أنه يسكت و لم ينكر، فقد اختلفوا في ذلك.

---

(١) الحدائق الناضرة: ج٢٠ ص٣٣٣.

قال في مفتاح الكرامة: (في المقنع والنهاية والوسيلة وجامع الشرائع والنافع وكشف الرموز أنها تسقط، وحكاه في الأخيرين عن الصدوق، وحكاه في جامع المقاصد عن ابن البراج... وفي السرائر والتذكرة والتنقيح وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان والكفاية والمفاتيح أنها لا تسقط، وفصل في المختلف بوجود الأمارة على الرضا وعدم وجودها، وتردد في الشرائع والتحرير والإرشاد والتبصرة والدروس وغاية المراد والمقتصر)[1].

أقول: أما وجه السقوط فلأن السكوت دال على الرضا، والرضا سقوط، ولمنافاة ذلك للفورية حيث قد عرفت اعتبار الفورية، وفيهما ما لا يخفى، فالأصل عدم السقوط.

نعم ما ذكره الرياض محل نظر، قال: (إن عدم الإبطال بالإسقاط قبل البيع يستلزم عدمه فيما عداه بطريق أولى، إذ ليس بأبلغ في الدلالة على الإبطال من الإسقاط قبل البيع، بل هو أبلغ، فكيف يفرق بينهما بالعدم في الأول والسقوط في الباقي، بل العكس أولى، وقد نبه على الأولوية في المسالك) انتهى.

إذ ليس المعيار الأولوية الظنية ونحوها، بل المعيار الأدلة، ومقتضى القاعدة عدم السقوط، فإن الشهادة على البيع غير الرضا بالبيع، كما أن ذلك لا يستلزم التراخي الذي يوجب السقوط، حيث قد عرفت في مبحث الفور والتراخي أن الفور عرفي لو قلنا به كما هو الأظهر، لا أنه دقي عقلي حتى ينافيه مثل الشهادة على البيع.

((إذا بارك البيع))

وأما إذا بارك فقد اختلفوا في ذلك هل يوجب السقوط أم لا.

قال في مفتاح الكرامة: أن يبارك لهما أو لأحدهما، والحال فيها كالشهادة على البيع، فمن قال هناك بالسقوط قال به هنا، ومن قال بالعدم هناك قال هنا بالعدم،

---

(١) مفتاح الكرامة: ج١٨ ص٦٧٩ ــ ٦٨٠ ط الحديثة.

والمتردد هناك تردد هنا، وفي التنقيح وجامع المقاصد والمسالك أنها أي المباركة إن نافت الفورية أسقطت وإلاّ فلا.

أقول: قد عرفت أن مقتضى القاعدة عدم السقوط، لأن مجرد المباركة لا تدل إلاّ على صحة البيع، والشفعة بعد البيع، فلا ربط لأحدهما بالآخر.

نعم في الرضوي (عليه السلام) إنه مسقط، قال (عليه السلام): «وإنما يجب للشريك إذا باع شريكه أن يعرض عليه، فإن لم يفعل يطلب الشفعة متى ما سأل، إلاّ أن يتجافى عنه، أو يقول: بارك الله لك فيما اشتريت أو بعت، أو يطلب منه مقاسمة»[1]، لكن الرواية ضعيفة، ولذا لم أجد من استدل بها على القول بالإسقاط، مع أن جملة منهم قائلون بالإسقاط بها كما عرفت.

((إذا أذن في البيع))

وأما إذا أذن في البيع فقد اختلفوا فيه.

قال في مفتاح الكرامة: إن أذن للمشتري في الشراء أو للبائع في البيع، في الكتاب والمبسوط والتذكرة والتحرير في موضع منه، والإيضاح والتنقيح وجامع المقاصد والمسالك والكفاية والمفاتيح وظاهر الحواشي أنها لا تسقط، وفي النافع: إن الأشبه السقوط، وحكى أبو العباس عن الشيخ في النهاية ويحيى بن سعيد، ولعله لأن الإباء وعدم الإرادة في معنى الإذن، وتردد في الشرائع والإرشاد وموضع آخر من التحرير، ولا ترجيح في الدروس وغاية المراد والمقتصر) انتهى.

لكن قد عرفت أن مقتضى القاعدة عدم السقوط، لأن الإذن ليس معناه إرادة عدم أخذ الشفعة، فالطلاق أدلة الشفعة محكم.

أما دليل القائل بالسقوط فقد عرفته مما تقدم، بالإضافة إلى بعض الروايات

---

(١) المستدرك: ج٣ ص١٤٩ الباب ١١ ح١٢.

السابقة التي يمكن أن يستدل بها ولو إشعاراً، وقد عرفت ما فيهما.

ولقد أجاد الجواهر حيث قال أخيراً: (الظاهر عدم دلالة شيء منها من حيث هي ما لم تقترن بقرائن على ذلك، خصوصاً مع قيام احتمال إرادة التمهيد لوقوع البيع، بخلاف ما لو وقع منه الإذن لهما أو لأحدهما في البيع والابتياع بعنوان الإعراض عنها على الوجه الذي قد عرفت الحال فيه، فإنه حينئذ لا شفعة له)[1].

وكذا كل ما كان من هذه المذكورات أو غيرها دالاً على ذلك، ولو بقرائن الأحوال.

((إذا لم يطالب بالشفعة فوراً))

ثم إنه على الفور قال في الشرائع: (ولو بلغه البيع فيما يمكن إثباته به كالتواتر أو شهادة شاهدي عدل فلم يطالب، وقال لم أصدق، بطلت شفعته ولم يقبل عذره، ولو أخبره صبي أو فاسق لم تبطل وصدق، وكذا لو أخبره واحد عدل لم تبطل شفعته وقبل عذره، لأن الواحد ليس حجة).

أقول: الوجه في ذلك أنه إذا علم أو قام عنده ما يثبت به شرعاً كالتواتر وخبر العدلين فالشفعة ثابته، إما قطعاً في صورة العلم، وإما شرعاً في صورة قيام الحجة، فعدم الأخذ ينافي الفور، وقد عرفت سابقاً أن الفور العرفي هو مقتضى القاعدة، فعذره بأنه لم أصدق التواتر أو شهادة شاهدي عدل لا ينفع في بقاء الشفعة.

نعم مقتضى القاعدة أنه إذا لم يصدق واقعاً بأن كان شاكاً في الأمر لم تسقط الشفعة، لأنه لا دليل على سقوطها بعد عموم الأدلة الشامل لوجود الشك واقعاً، فكثيراً ما يشك الإنسان فيما قامت عليه الحجة، ومثل ذلك عذر عرفاً، فيشمله دليل الأعذار السابقة، وكأنه لذا قال في الجواهر عند قول المصنف: (ولم يقبل

(١) جواهر الكلام: ج٣٧ ص٤٣٤.

عذره): (الذي مرجعه المكابرة، ضرورة كون المفروض طريقاً شرعاً لثبوته، فهو حينئذ كالمعاينة أو العلم بذلك).

فإن قوله: المكابرة، يؤيد أنه إذا لم يكن مكابرة لم يكن سبباً للسقوط، إلاّ أن يكون كلام الجواهر حكمة لما أطلقه الشرائع، فلا يدور حكمه مدار المكابرة وجوداً وعدماً، وإنما ذكر من باب غلبة المكابرة في قبال قيام الحجة، لا أنها المناط في الحكم إثباتاً ونفياً.

وقد أخذه من المسالك حيث قال: (لما كان ثبوت الشفعة متوقفاً على بيع الشقص اعتبر علمه به بالمعاينة أو باعتراف المتبايعين أو بإخبار عدد يبلغ عددهم التواتر بحيث يفيد العلم أو بإخبار عدلين، فإن أخر المطالبة مع وجود أحد هذه بطلت شفعته حيث اعتبر فوريتها، ولو قال لم أصدق المخبر من العدلين وعدد التواتر لم يقبل منه، لأن ذلك مكابرة، حيث كان إثباتها شرعاً ممكن بذلك) انتهى.

لكن إذا ناقش في عدالة الشاهدين أو ما أشبه كأن قال: لم أكن أعرف عدالة الشاهدين، أو وصول العدد إلى حد التواتر المفيد للعلم مثلاً، أو لم أحصل العلم من التواتر لا علماً وجدانياً ولا علماً شرعياً، لم يكن لبطلان الشفعة وجه، لعدم الثبوت لا علماً ولا شرعاً.

((فروع))

ثم إن مقتضى ما ذكروه في كتاب الشهادات من الثبوت في الماليات بسبب المرأة أيضاً، أنها تثبت بسبب شهادة المرأة، على تفصيل ذكروه هناك.

ثم قال المسالك: (ولو أخبره عدد لا يبلغ التواتر، لكن حصل به الاستفاضة وأفاد الظن الغالب المتاخم للعلم، فإن صدقه بطلت شفعته، وإلاّ ففي بطلانها وجهان، مبنيان على أن مثل هذا الحق يثبت بالاستفاضة أم لا، والأقوى كونه عذراً، وإن قلنا بثبوته بها للخلاف في ذلك فكان عذراً، هذا إذا اعترف بحصول

العدد الموجب لها، و لم يكن مذهبه ثبوتها بذلك بالاجتهاد أوالتقليد، وإلا لم يعذر كالشاهدين).

وتبعه الجواهر قائلاً: (لو أخبره عدد لا يبلغ التواتر، لكن حصل به الاستفاضة الموجبة للظن الغالب فلم يشفع لم تبطل شفعته، لعدم الدليل على ثبوت الشفعة بذلك ما لم يصل إلى حد العلم فيجب حينئذ) انتهى.

ولو ادعى عليه المشتري العلم وأنكر، فالظاهر أن له الحق في حلفه، لأنه من باب الدعوى، فلا يقال: حيث إن الشفيع أعرف بنيته يصدق من دون حلف.

ولو قال: لم يحصل لي بإخبارهم الظن الغالب، فهو عذر، وإن حصل لغيره لأن ذلك أمر نفساني لا يمكن معرفته إلاّ من قبله، كذا في المسالك.

وأشكل عليه الجواهر بقوله: (لا يخفى ما فيه)، و لم يظهر وجه للإشكال عليه، كما أنه لم يظهر وجه لإشكال الجواهر عليه في فرعه السابق وهو ما تقدم من قول المسالك: (و لم يكن مذهبه ثبوتها بذلك بالاجتهاد أو التقليد)، فقد سبق أن الأعذار العرفية توجب عدم سقوط الشفعة، فإن الفورية إنما تكون إذا لم يكن هناك عذر، ومثله لو قال: لم أسمع الشاهدين لصمم أو نحوه.

ومما تقدم، ظهر وجه قول الشرائع: (فيما لو أخبره صبي أو فاسق، أو أخبره عدل واحد)، لأن كل ذلك ليس بحجة حسب الموازين في باب الشهادات.

أما إذا ادعى المشتري عليه العلم بسبب إخبار الصبي أو الفاسق أو ما أشبه فله عليه حق الحلف.

قال في المسالك: (ولو كان المخبر عدلاً واحداً، فإن صدقه و لم يطالب بطلت أيضاً، لأن العلم قد يحصل بخبره مع احتفافه بالقرائن، وإن لم يصدقه أو سكت لم تبطل لعدم ثبوت البيع لخبره، ولو كان واحداً غير عدل أو امرأة واحدة أو صبياً أو غير عدول لا يبلغ عددهم حد الاستفاضة لم تبطل بتأخيره، لأن

خبر هؤلاء لا يفيد العلم ولا الثبوت شرعاً، ولو صدق الخبر ففي عذره بالتأخير بعده وجهان، من أن التصديق لا يستند إلى علم ولا سند شرعي فلا عبرة به، ومن إمكان استناده إلى القرائن، فإن الخبر المحفوف بالقرائن المفيدة للعلم لا ينحصر في العدل، ولعل هذا أوجه).

أقول: المدار على الواقع، فإن كان مصدقاً واقعاً فالشفعة ساقطة، وإن لم يكن مصدقاً واقعاً فالشفعة غير ساقطة، والتصديق اللفظي ليس مداراً للحكم، وإن كان يؤخذ به.

ثم إن الجواهر ذكر أن احتمال قبول عذره حتى مع حصول العلم معه في مورد عدم الثبوت شرعاً ولو من القرائن المفيدة له واضح الفساد، قال: (وما أبعد ما بين ذلك وبين احتمال الاكتفاء به ما يعلم كذبه، لعموم حجية العدل) وهو كما ذكره، إذ مقتضى القواعد أنه إذا لم يكن علم ولا علمي لم يثبت إلاّ أن يعلم هو في قرارة نفسه، فإن العلم حجة ذاتية توجب الثبوت، فعدم الأخذ ينافي الفورية.

ثم إنه أشكل فيما ذكره المسالك سابقاً من ثبوت البيع على وجه تسقط الشفعة مع عدم الفور بها لغير عذر باعتراف المتبايعين لا يوجب علماً ولا علمياً، وإنما يمكن الأخذ به باعتبار أن اعتراف العقلاء على أنفسهم جائز حتى في مثل الفاسق والكافر، ولذا أشكل عليه الجواهر بقوله: (إن اعترافهما إنما هو حجة عليهما، لا أنه مثبت للموضوع واقعاً بحيث يترتب عليه الحكم المتعلق بغيرهما، فتأمل) انتهى.

وفيه: إنه مثل اعترافه بأنه ولده، مما يمكن إثبات الأحكام عليه بمجرد

الاعتراف، فإن مقتضى (اعتراف العقلاء على أنفسهم جائز)، ترتيب الآثار الشرعية إلاّ إذا علم الخلاف، وعليه فما ذكره المسالك غير بعيد.

((لو جهلا قدر الثمن))

قال في الشرائع: (ولوجهلا قدر الثمن بطلت الشفعة لتعذر تسليم الثمن).

وفي المسالك: لما كان الشفيع إنما يأخذ بالثمن الذي وقع عليه العقد، ولا يملك أو لا يتم ملكه إلاّ بتسليمه اشترط العلم بكميته، وإلاّ لم يصح الأخذ لفقد الشرط وهو تسليم الثمن المعين. ومقتضى ذلك أنه لا فرق بين أن يدفع قدراً يعلم اشتمال الثمن عليه وتبرع بالزائد وعدمه، ويحتمل الاجتزاء بذلك لصدق تسليم الثمن وزيادة، وضمير (جهلا قدره) في كلام الشرائع يرجع إلى المشتري والشفيع، لأن المعاوضة الثانية وقعت بينهما، ويتحقق ذلك مع تصادقهما على الجهالة. أما لو ادعاها المشتري وأنكر الشفيع وادعى عليه العلم فسيأتي البحث فيه).

أقول: الظاهر أنه يصح الأخذ بالشفعة سواء جهل أحدهما أو كلاهما، الثمن أو المثمن، ويتحقق ذلك بالنسيان أو إجراء الوكيل وما أشبه، وذلك لعدم التلازم بين التسليم والتسلم والعلم، فإن رضيا كلاهما أو رضي الجاهل صحت الشفعة لإطلاق أدلتها.

أما إذا لم يرضيا، أو الجاهل منهما، ففي صحة الشفعة احتمالان، من إطلاق الأدلة والتسليم أمر ثانوي، فإذا أخذت الشفعة أجريت القواعد بالنسبة إلى التسليم والتسلم، كالقرعة أو العدل أو ما أشبه، ومن العدم لما تقدم في المسالك، ولانصراف أدلة الشفعة عنه، ولعل الأول أقرب.

ومنه يعلم أنه لا وجه لإطلاق المسالك.

قال في الجواهر: (تبطل الشفعة حتى وإن دفع الشفيع قدراً يشتمل عليه مع فرض عدم قبول المشتري التبرع المزبور لما فيه من المنة، بل وإن قبله في وجه قوي، مع احتمال الاجتزاء لصدق تسليم الثمن وزيادة)، قال: (بل وكذا الكلام في جهل الخصوصية، وإن دارت بين أمرين وسمح بهما الشفيع).

وفيه: لا وجه لاحتمال عدم الاجتزاء إن دفعه الشفيع وقبل المشتري، كما لا وجه لعدم الشفعة فيما دار بين أمرين وسمح بهما الشفيع وقبل المشتري، إذ لا دليل على خصوصية العلم.

ومنه يعلم الكلام فيما إذا كان الشفيع مردداً بين هذا أو ذاك، أوكان المشتري مردداً بين هذا أو ذاك.

((إذا كان المبيع بعيداً))

قال في الشرائع: (ولو كان المبيع في بلد ناء فأخر المطالبة توقعاً للوصول بطلت الشفعة).

وفي الجواهر: بناءً على الفور بلا خلاف أجده بين من تعرض له، لعدم ثبوت كون ذلك عذراً، وعليه أن يأخذ حينئذ ويدفع الثمن وإن تأخر قبض الشقص، لما عرفت من وجوب تسليم الشفيع الثمن أولاً، لكونه جزء مملك أولاً.

لكن فيه ما عرفت سابقاً من عدم الدليل على تقدم أحدهما على الآخر، بل اللازم التقابض فيأخذ بالشفعة، لكنه ليس عليه أن يسلم الثمن، إذ ينفيه دليل «لا ضرر»، وإنما يكون التسليم والتسلم بعد إمكان أخذ الشقص.

قال في المسالك: المراد أن تأخير الأخذ لقبض الشقص أو يصل إليه ليس عذراً، بل عليه أن يأخذ ويدفع الثمن، ثم يسعى في تحصيل الشقص، لما تقدم من أن الشفيع يسلم الثمن أولاً، ولو اعتبرنا التقابض معاً، كما في غيره من المعاوضات، احتمل عذره في التأخر ليحصل التقابض معاً، والوجه العدم، لأن الفور المعتبر حينئذ الأخذ القولي ويبقى تسليم الثمن حكماً آخر

لو سلم اعتبار التقابض معاً.

وكيف كان، فمقتضى القاعدة هو الأخذ القولي، ثم يقع التسليم والتسلم عند التمكن، وعليه فلا فرق بين كون الثمن في مكان ناءٍ أو كون المبيع كذلك أو كون أحد من الثمن والمثمن في مكان قريب لكنه غير ممكن الوصول إليه للتقابض، فالتقابض شيء والأخذ بالشفعة شيء آخر.

ومما تقدم ظهر وجه ما ذكره التذكرة في محكي كلامه قال: (لا يجب الطلب في بلد المبايعة، فلو بيع الشقص بمصر، ثم وجد الشفيع المشتري بمصر آخر فأخّر الطلب، فلما رجعا إلى مصره طالبه بالشفعة لم يكن له ذلك وسقطت شفعته، فإن اعتذر عن التأخير بأني تركت الطلب لآخذ في موضع الشفعة لم يكن ذلك عذراً، وقلنا له ليس تقف المطالبة على تسليم الشقص، فكان ينبغي أن تطلبها حال علمك بها فبطل حقّك، لاستغناء الأخذ عن الحضور عند الشقص) انتهى.

ونحوه ما حكي عن المبسوط.

ولا يبعد أن يكون حال إمكان الاتصال بالمشتري بسبب التلفون في هذه الأزمنة حال ما إذا تمكن من المشتري لكنه لم يأخذ بالشفعة، لأن الاعتبار بالفورية العرفية الممكنة بسبب هذه الآلة، بل وكذا الحال بسبب اللاسلكي ونحوهما لوحدة الملاك في الجميع.

ثم هل الواجب على الشفيع السعي إلى المشتري إذا كان في بلد آخر، أو كان مجهولاً في بلده فيسأل عنه، الظاهر أن السعي واجب إلاّ إذا عدّ ذلك عذراً عرفاً، سواء سعى بنفسه أو بوكيله، ولذا أشكل على العبارة المتقدمة عن التذكرة في مفتاح الكرامة قائلاً: ولا يخفى ما في التذكرة من قوله: (ثمّ وجد

الشفيع المشتري) إلى آخره، لأنه بعد علمه يجب عليه السعي بنفسه أو وكيله، فإن أهمل بطلت، كما هو الشأن في المسافر، إلاّ أن يقال: إن المراد أن ذلك مع العجز، أو يقال: إنه يعدل عن إطلاق قوله: (ثم وجد الشفيع) الشامل لما إذا وجده اتفاقاً، لمكان قوله: فكان ينبغي أن تطلبها حال علمك.

((لو بان الثمن مستحقاً))

ثم إن الشرائع قال: (ولو بان الثمن مستحقاً بطلت الشفعة لبطلان العقد، وكذا لو تصادق الشفيع والمشتري على غصبية الثمن، أو أقرّ الشفيع بغصبيّته منع من المطالبة، وكذا لو تلف الثمن المعين قبل قبضه لتحقق البطلان على تردد في هذا).

أقول: لو بان الثمن مستحقاً، وهذا لا يكون إلاّ في الثمن المعين، سواء كان معيناً شخصياً، أو معيناً في ضمن كلي كالصاع من الصبرة ولم يجز المالك، كان مقتضى القاعدة بطلان الشفعة لبطلان العقد.

أما إذا لم يكن الثمن معيناً فلا بطلان، لأن الكلي لم يتحقق في هذا الفرد الذي هو للغير، وإنما يبقى على ذمة المشتري، وكذلك الحال لو ظهر الثمن المعين للغير، لكنه أجاز المالك، سواء أجازه للمشتري وقلنا بصحة ذلك بأن يخرج الثمن من كيس إنسان ويدخل المثمن في كيس إنسان آخر، أو أجاز لنفسه وقلنا بصحة ذلك، كما ذكروه في الفضولية، صحت الشفعة، وإنما يتبدل المشتري في الصورة الثانية فيكون المشتري هو المالك للثمن لا الذي أوقع العقد، هذا بالنسبة إلى البطلان واقعاً.

أما فرعه الثاني: وهو التصادق، فالحكم فيه ظاهري لأنه لا يعدو الإقرار، والإقرار لا يغير الواقع، فإن كان الواقع على خلاف تصادقها صحّ للشفيع الأخذ بالشفعة، سواء تصادق على غصبية الثمن أو عدم قابليته ثمناً، ولذا قال في

الجواهر: (وإن لم يكن مثبتاً للبطلان في نفس الأمر بحيث يمضي في حق البائع إلاّ أن الحق منحصر فيهما فيقبل ذلك في حقهما).

ومما تقدم يعلم لا حاجة إلى تصادقهما، بل يكفي اعتراف الشفيع، ولذا قال في القواعد: (أو اعترف الشفيع بغصبية الثمن المعين).

وفي مفتاح الكرامة نقل الحكم المزبور عن التحرير والحواشي وجامع المقاصد والمسالك، قال: وهو قضية ما في المبسوط وقضية ما في التذكرة والإرشاد وشرحيه والدروس من أنه لو بان مستحقاً بطلت.

((**فروع**))

ثم إن الشفيع لو زعم أن الثمن مستحق ولذا لم يأخذ بالشفعة، ثم ظهر اشتباه زعمه، كان له الأخذ بالشفعة لأنه من عدم العلم بوقوع العقد فهو من الأعذار.

أما لو شك في أنه مستحق أو غير مستحق، وكان تحت نظر ذي اليد، فهل له أن لا يأخذ بالشفعة لأنه لا يعلم بالعقد، أو يلزم عليه الأخذ بحيث لو خالف فاتته الفورية الموجب لفوت الشفعة، احتمالان، وقد تقدم الكلام في أنه إذا قامت البينة على وقوع العقد ونحوه لم يكن له أن لا يأخذ بالشفعة فوراً، وحكم ذي اليد حكم البينة، لأن الشارع جعل يده حجة، من غير فرق بين أن يكون ذو اليد مسلماً أو كافراً، لأن يد الكافر أيضاً حجة، كما ذكرناه في بحث ذي اليد.

ثم إنه لو أقر الشفيع خاصة أو كلاهما بالغصبية، ثم ماتا وورثهما غيرهما، وهما لا يعترفان بالغصبية، فالظاهر أن لوارث الشفيع الأخذ بالشفعة لعدم المنافاة للفورية بالنسبة إلى العالم بعدم الغصبية، أما العالم بالغصبية فله عذر في عدم الأخذ.

وكذا الحال بالنسبة إلى الوكيل والولي فلكل واحد من الأصل والفرع حكمه، ولا يؤثر حكم الأصل بالنسبة

إلى الفرع، كما في العكس بأن كان الولي يزعم الغصبية فلم يأخذ بالشفعة، ولما كبر الصغير أو أفاق المجنون علم باشتباه الولي فإنه له الأخذ بالشفعة.

((تلف الثمن قبل القبض))

أما الفرع الثالث: وهو تلف الثمن المعين قبل قبضه، ففيه قولان: البطلان للشفعة لبطلان البيع الذي هو عنوان الشفعة، وهذا هو المحكي عن الشيخ والعلامة في المبسوط والتذكرة، والثاني عدم البطلان، لأن حق الشفعة ثابت بالبيع فلا يقدح فيه طرو الفسخ، سواء كان سابقاً أو لاحقاً بعد أن كان من حينه لا من أصله كما في الجواهر، وهذا القول هو الذي جزم به ثاني الشهيدين تبعاً للمختلف وولده والشهيد الأول كما حكي عنهم.

ومقتضى القاعدة هو عدم بطلان الشفعة، لأن البيع قد حصل، فيشمله إطلاق دليل الشفعة، كما تقدم الكلام في مثل ذلك في الرد بالعيب والغبن وما أشبه.

ومنه يعلم وجه النظر في التفصيل بين كون الآخذ قبله أو بعده، وقد جعله الجواهر تحقيقاً، قال: (فالتحقيق حينئذ عدم استحقاق الشفيع الأخذ مع كون التلف قبله، خصوصاً إذا قلنا بأن تلف الثمن قبل القبض من مال المشتري، كما أن تلف المبيع قبل القبض من مال البائع، على معنى تقدير رجوع كل منهما إلى مالكه قبل التلف آناماً، وحينئذ فلا ثمن للبائع على المشتري حتى يأخذه الشفيع به، وإن كان فيه ما فيه. نعم لوكان الأخذ بعده اتجهت الصحة للأصل الذي لا ينافيه بطلان البيع من حينه الذي هو بمعنى استحقاق قيمة الشقص عن المشتري باعتبار تنزيل أخذ الشفيع له منزلة التلف) انتهى.

فإنه بعد إطلاق الأدلة لا موقع لهذا الفرق بين أن يكون التلف قبل الأخذ بالشفعة أو بعد الأخذ بها.

أما ما قاله أخيراً: (اللهم إلاّ أن يقال: إن البطلان هنا أولى من بطلانها بفسخ البائع، فإن الحكم الشرعي بكون ملك المشتري له مراعىً بعدم تلف الثمن قبل قبضه أولى بتبعية الشفعة له من تبعيتها لفسخ البائع) ففيه ما لا يخفى، إذ قد تقدم سابقاً أن مقتضى القاعدة عدم البطلان بالفسخ أيضاً، بل شككنا في البطلان بالفسخ بخيار الشرط على ما سبق.

((تلف المثمن قبل القبض))

ثم إنه لو تلف المثمن قبل أخذ الشفيع، فالظاهر عدم تحقق للشفعة حينئذ، سواء كان التلف حقيقياً، كما إذا مات العبد والحيوان فيما قلنا بثبوت الشفعة فيهما، أو التلف عرفياً، كما إذا جاء البحر وغمر الأرض مما لا ينتفع بها بعد ذلك ولا يقابل بالمال عرفاً.

((لو اختلفا في الثمن))

ثم إن في موضع من القواعد بعد أن ذكر أن للشفيع فسخ الإقالة والرد بالبيع قال: (ولو قلنا بالتحالف عند التخالف في قدر الثمن، وفسخنا البيع فللشفيع أخذه بما حلف عليه البائع لأخذه منه هنا)، وقال فيها في موضع آخر: (ولو اختلف المتبايعان في الثمن، وأوجبنا التحالف أخذه بما حلف عليه البائع، لأن للبائع فسخ البيع، فإذا أخذه بما قاله المشتري منع منه، فإن رضي المشتري بأخذه بما قال البائع جاز وملك الشفيع أخذه بما قال المشتري، فإن عاد المشتري وصدق البائع وقال كنت غالطاً، فهل للشفيع أخذه بما حلف عليه، الأقرب ذلك) انتهى.

أقول: للمسألة صورتان:

الأولى: الاختلاف بين البائع والمشتري في زيادة الثمن ونقصه، فإن حلف مدعي النقص، الشفيع يأخذ بالنقص، وإن أثبت مدعي الزيادة، الشفيع يأخذ بالزيادة مع احتمال النقص، لأن المشتري يقول بأن البائع أخذ منه زائداً

على الثمن والبينة مشتبهة، فإن البينة وإن كانت مقدمة على الإقرار إلاّ أن الإقرار ثابت على المقر، كما لو أقر أنها زوجته وأثبتت البينة أنها ليست زوجته حيث لا يحق له التزوج بأختها أو أمها أو بنتها مثلاً، أو أقر أنه وقف من أبيه، وقالت البينة لم يوقفه أبوه حيث لا يحق له بيعه، إلى غير ذلك من الأمثلة، فإنه وإن لم يحلف مدعي النقص وهو المشتري فالشفيع يأخذ بالنقص، إذ المشتري يعترف أن البائع يأخذ منه ظلماً.

الثانية: الاختلاف بينهما في مورد التحالف، بأن قال أحدهما: إن الثمن شاة، وقال الآخر: إنه سخلة، فإن كان لكليهما البينة، أو كلاهما حلف، أو لا بينة ولا حلف، بطل مع احتمال جريان قاعدة العدل، وإن كان لأحدهما بينة، أو حلف أحدهما فالقول قوله، فإن كان المشتري أعطاه الشفيع، وإن كان البائع فهل الشفيع يعطي للمشتري ما ادعاه البائع لمكان الحلف أو البينة، أو يعطي ما ادعاه المشتري إذا كان أقل مثلاً، لنفوذ إقرار المشتري على نفسه، الاحتمالان السابقان.

((لو اختلفا في المثمن))

ومن صورتي الاختلاف في الثمن يظهر صورة الاختلاف بين البائع والمشتري في الشقص، هل باع كله أو بعضه، وفي البعض زيادة أو نقيصة، وصورة الاختلاف بينهما في أن المبيع هل كان هذا الشقص أو شقصاً آخر، سواء كان الشفيع شريكاً فيهما، أو في أحدهما.

ومنه يعلم أنه لما كان المشتري معترفاً بقدر خاص من الثمن، والشفيع يتلقى الملك من المشتري فليس على الشفيع إلاّ أن يعطي مقدار ما يقوله المشتري، لا كما قاله القواعد، ولا كما قاله جامع المقاصد، من أن المتجه على التحالف بقاء الدعوى بين الشفيع والبائع، ويكون كالدعوى بين الشفيع والمشتري، إذ لا دخل للبائع الذي يرجع في الفرض إلى قيمة الشقص لا إلى

الثمن، ولذا قال في الجواهر: (إن التحالف المزبور إنما يقتضي الفسخ من حينه بين البائع والمشتري، والفرض صدق تعلق حق الشفعة، فيتجه حينئذ القول بأنه يأخذ بما يقتضيه البيع الأول قبل الفسخ، فيضمن حينئذ المشتري قيمة الشقص للبائع كما إذا رد البائع الثمن بالعيب بعد أن أخذ الشفيع الشقص بشفعته، ولكن مقتضى ذلك الأخذ بما يقوله المشتري حينئذ لا ما يقوله البائع، بل مقتضاه حينئذ كون الأخذ منه دون البائع، ضرورة استحقاق الشفيع الانتزاع منه، فلا مدخلية للبائع، وفائدة تحالفه تكون لضمان المشتري له الشقص، لا ما ادعاه من الثمن الذي حلف المشتري على نفيه) انتهى.

ومن ذلك يظهر عدم الفرق بين صورة حلفهما وعدمه، وإقامتهما البينة، لأن الشفعة سابقة.

((**من حيل إسقاط الشفعة**))

(**مسألة ١**): قال في الشرائع: (من حيل الإسقاط ـــ أي للشفعة ـــ أن يبيع بزيادة على الثمن، ويدفع بالثمن عوضاً قليلاً، فإن أخذ الشفيع لزمه الثمن الذي تضمنه العقد، وكذا لو باع بثمن زائد فقبض بعضاً، وأبرأه من الباقي، وكذا لو نقل الشقص بغير البيع كالهبة أو الصلح).

أقول: الظاهر أن جعل حيلة لإسقاط الشفعة مكروه، حيث قال (عليه السلام) في جواب من سأله ما الحيلة: «في ترك الحيلة»[1]. فإن كلامه عام يشمل كل حيلة، بل يشمله قوله (عليه السلام): «ومن دخل مداخل السوء اتهم»[2].

وكفى بذلك شمولاً للمقام، لأن الإنسان يتهم عند العرف بأنه محتال فيما إذا قصد الحيلة، فلا فرق في الأمر بين المقام وبين سائر مقامات الحيلة، ولو كان الحكم تابعاً للموضوع.

ومنه يعلم أن قول الجواهر: (والظاهر عدم الكراهة في ذلك للأصل، فضلاً عن الحرمة، اللهم إلاّ أن يقال بعد التسامح بإشعار الأدلة بها باعتبار مراعاة الشريك، والأمر سهل) محل مناقشة، وقد أخذه من المسالك، كما أخذ منهما غيرهما.

وأضاف المسالك على صور الشرائع الثلاث، صوراً أخرى:

منها: أن يبيع جزءاً من الشقص بثمن كله ويهب له الباقي.

ومنها: أن يوكل البائع شريكه بالبيع فباع على حد الوجهين.

ومنهما: أن يبيع عُشر الشقص مثلاً بتسعة أعشار الثمن، ثم يبيع تسعة أعشار بعشر الثمن، فلا يتمكن الشريك الأول من الشفعة لزيادة القيمة في الأول، وكثرة الشركاء في الثاني، لأن المشتري صار شريكاً حال الشراء الثاني.

(١) شرح نهج البلاغة: ج١٩ ص٣١٩.

(٢) الوسائل: ج٨ ص٤٢٣ الباب ١٩ ح٧.

ومنها: أن يبيعه بثمن قيمي كثوب فيقبضه البائع، ويبادر إلى إتلافه قبل العلم بقيمته، أو يخلطه بغيره بحيث لا يتميز، فيندفع الشفعة بالجهل بالثمن.

وقد تبعه مفتاح الكرامة في ذكر الصور المذكورة، إلاّ أن في بعضها تأملاً، لكن لا يخفى أنه يلزم أن لا يكون المواطاة على نحو الشرط، وإلا كان للشفيع ذلك، حيث قلنا: إن معنى قوله: (بالثمن)[1]، و(البيع الأول)[2] ونحوهما أن الشفيع يأخذ بكل خصوصياته الأول، فإذا باع البائع للمشتري الشقص بمائة وشرط عليه خياطة الثوب أو إضافة مائة أو أجرة دار في عام وهي عبارة عن مائتين مثلاً، فللشفيع أيضاً كل ذلك.

---

(١) الوسائل: ج١٧ ص٣١٦ الباب ٢ ح١.

(٢) الوسائل: ج١٧ ص٣٢٣ الباب ٩ ح١.

((لو ادعى نسيان الثمن))

(**مسألة ٢**): قال في الشرائع: (ولو ادعى عليه الابتياع فصدقه وقال: نسيت الثمن، فالقول قوله مع يمينه)، وهذا هو الذي صرح به العلامة والشهيدان والكركي وغيرهم، وعلله في الجواهر بأنه لا يعلم إلاّ من قبله، ولو لم يقبل لزم التخليد في الحبس على تقدير صدقه.

ثم قال في الشرائع: (فإذا حلفه بطلت الشفعة).

أقول: إذا حصل الابتياع ونسي المشترى الثمن فقد يكون النسيان في قدر غير مضر عرفاً، كما إذا لم يعلم هل أنه كان بألف دينار أو بألف دينار وربع دينار، فإن في المقام لا يبعد عدم البطلان، لأن ربع دينار ليس محلاً في الأخذ والرد عرفاً، فيقول الشفيع للمشتري: إني أعطيك ألفاً وربعاً، ولا حق له في عدم الأخذ إذا لم يكن في الأخذ منّة، بل يمكن التمسك بأصالة عدم الزيادة فيعطيه ألف دينار، لأنه بعد أخذه بالشفعة تكون ذمته مشغولة إما بألف أو بألف وربع، كما أنه إذا علم وقت الأخذ بقدر الثمن ثم نسي فإنه إذا شك بين الزائد والناقص أعطاه الناقص لأصالة عدم الزيادة، أو يقال بالقرعة، أو قاعدة العدل على ما سبق شبه ذلك.

أما إذا كان النسيان موجباً للجهل المطلق بالثمن، هل هو مثلاً بألف أو بدار مثلاً في قبال الأرض المشتراة أو نحو ذلك، فإن أدلة الشفعة منصرفة عن مثله فمقتضى القاعدة البطلان.

أما ما تقدم عن الجواهر تبعاً للمسالك، بأنه لو لم يقبل لزم التخليد في الحبس على تقدير صدقه، فقد ذكرنا فيما سبق أنه لا دليل على التخليد في الحبس، فإن «لي الواجد»[1] ونحوه منصرف عن التخليد خصوصاً والسجن خلاف حريات

(١) الوسائل: ج١٣ ص٩٠ الباب ٨ من الدين والقرض ح٤.

الإنسان الممنوحة له من قبل الله تعالى، فسلبها بمثل هذا الشيء الطفيف حتى إذا علمنا بأنه عالماً عامداً لا يقول بقدر الثمن غير ظاهر الوجه، منتهى الأمر أنه إذا علمنا أنه يعلم وهو يدعي النسيان كذباً إن الحاكم يفصل النزاع بما يراه صلاحاً بمصالحة قهرية ونحوها، كما ذكروا في الصلح القهري وغيره، لأنه موضوع لفصل المنازعات وعدم إبقائها، لا أنه موضوع لتخليد الناس في السجن بأمثال هذه الأمور الصغيرة.

((فروع))

ومنه يعلم حال ما إذا مات المشتري ووارثه لا يعلم، أو مات وكليه الذي اشتراه ولم يعلم المشتري الموكل بقدره، أو جن أحدهما أو نحو ذلك، لأن الملاك في الكل واحد.

ثم إن المسالك قال: (إن حلف على ذلك اندفعت عنه الدعوى وسقطت الشفعة، وإن لم يحلف وقضينا بالنكول، فإن كان الشفيع يدعي العلم بقدر معين ثبت وأخذ بالشفعة، وإن لم يقض بالنكول ردت اليمين على الشفيع وحلف ما يدعيه وثبت العين به، وإن كان لا يدعي العلم به وإنما يدعي علم المشتري، واحتمل عدم سماع الدعوى بعد ذلك لعدم إمكان الحكم بشيء، وإحلاف الشفيع على أن المشتري يعلم وحبس المشتري حتى يبين قدره) انتهى، وفيه تأمل.

ثم إن كان الشفيع أمهل المشتري حتى يتذكر، فإن ذلك جائز وهو لا ينافي الأخذ بالشفعة فوراً، لأنه عذر في مثل النسيان، وقد سبق أن الأعذار لا تنافي الفورية.

ثم إن الجواهر تبعاً للمسالك قال: (ولو ادعى المشتري أن عدم العلم

بالثمن لأنه كان عرضاً قيمياً وأخذه البائع وتلف في يده ولا أعلم قيمته، فالقول قوله مع يمينه، بلا خلاف ولا إشكال. وكذا لو قال: أخذه وكيلي ولا أعلم به، أو نحو ذلك مما هو غير مناف للأصل، وهوممكن، ولو لم يقبل منه يلزم تخليده في السجن) انتهى.

وهو كما ذكره إلاّ في التخليد في السجن على ما عرفت.

والتلف في يد البائع من باب المثال، فربما كان البائع لا يعلم مكانه حتى يعرف ما قيمة الشيء أو نحو ذلك.

((لو قال لا أعلم كمية الثمن))

قال في الشرائع: (أما لو قال: لم أعلم كمية الثمن لم يكن جواباً صحيحاً، وتكلف جواباً غيره، لأنه مشترك بين أن يكون لا يعلمه ابتداءً من حين الشراء، وهو غير مسموع لاقتضائه بطلان البيع، وأن يكون على أحد الوجهين السابقين فلا بد من تفصيله، وحينئذ فيلزم بجواب مسموع فإن أصر حبس حتى يجيب، وقال الشيخ: يرد حينئذ اليمين على الشفيع ويقضي على المشتري بما يحلف عليه، وهذا يتم مع دعوى الشفيع العلم بالقدر أما بدونه فلا، لعدم إمكان حلفه، ولو فرض دعوى الشفيع هنا عدم علمه لكن ادّعى علم المشتري حلف على ذلك، وألزم المشتري البيان كما مرّ، ثم إن بين قدراً وطابقه عليه الشفيع حكم بمقتضاه، وإلا فإشكال) انتهى.

وعلله في جامع المقاصد بإجماله واحتماله، ولكن ربما يقال: بأنه لا يتم هذا على إطلاقه، إذ من الممكن أن يكون المشتري لا يعلم كمية الثمن من

حين الشراء، لأن وكيله اشتراه، أو يكون هو المشتري اشتراه لكن لم يعلم كمية الثمن، وإنما اشتراه بدراهم في يده لا يعلم هل أنها عشرة أو تسعة، إذا قلنا بصحة هذا البيع والشراء، لأنه ليس غرراً يضر بالمعاملة، فهو مثل ما إذا اشترى بضاعة بقماش لا يعلم هل أنه يسوى عشرة أو تسعة، فإطلاق قول المسالك: (هو غير مسموع لاقتضائه بطلان البيع) غير تام.

ثم مناقشة الجواهر في كلام المسالك بقوله: (قلت: قد يناقش بأن احتماله للصحة كاف في صحته، ولا داعي إلى عقوبته بحبسه حتى يجيب معيناً له) ففيه ما لا يخفى، إذ احتماله للصحة لا يوجب سقوط حق الشفيع المتيقن بسبب البيع، فاللازم أن يثبت المشتري سقوط حق الشفيع، فالمقام مثل ما إذا باع الوقف حيث احتملنا صحة بيعه فإنه لا يحكم بالصحة بمجرد الاحتمال فيما كان الدليل على خلافه إلاّ أن يقيم دليلاً على كون عمله بالبيع أو نحوه صحيحاً، وكذلك فيما إذا شرب الخمر مثلاً واحتمالنا الصحة بأنه مريض، فإنه لا يحكم على الاحتمال حتى يأتي بالبراءة.

أما قول علي (عليه السلام) لمن أفطر في شهر رمضان أنه هل مسافرون أو مرضى أو ما أشبه[1]، فإنه لا دليل على أنه لو ادعوا أحد هذه الأعذار كان يكتفي بذلك، بل لعله كان (عليه السلام) يطلب الدليل كما هو الميزان في الأعمال المنافية لحقوق الله أو لحقوق الناس.

---

(١) البحار: ج٤٠ ص٢٨٧ ح٦٤.

فصل

في التنازع

وفيه مسائل:

((إذا اختلفا في الثمن ولا بينة))

(**مسألة ١**): قال في الشرائع: (إذا اختلفا في الثمن ولا بينة، فالقول قول المشتري مع يمينه، لأنه الذي ينتزع الشيء من يده).

وأضاف الجواهر على علته المذكورة بقوله: (ولأنه الذي هو أعرف بالعقد، ولأنه غارم، ولأنه ذو اليد، ولأنه الذي يترك لو ترك، ولأن المشتري لا دعوى له على الشفيع، إذ لا يدعي شيئاً في ذمته ولا تحت يده، وإنما الشفيع يدعي استحقاق ملكه بالشفعة بالقدر الذي يعترف به الشفيع، والمشتري ينكره، ولا يلزم من قوله اشتريته بالأكثر أن يكون مدعياً عليه، وإن كان خلاف الأصل، لأنه لا يدعي استحقاقه إياه عليه، ولا يطلب تغريمه إياه) انتهى.

أقول: هذا القول هو المشهور بين الأصحاب.

وفي مفتاح الكرامة عند قول العلامة: (لو اختلفا في الثمن ولا بينة قدم قول المشتري مع يمينه): (كما في المقنعة والمراسم والنهاية والمبسوط والكافي والمهذب والغنية والسرائر وجامع الشرائع والنافع والتذكرة والتحرير والإرشاد والتبصرة والمختلف في ظاهره والدروس واللمعة والتنقيح ومجمع البرهان، وهو الذي استقر عليه

رأيه في جامع المقاصد في المسألة التي بعد هذه، وكذلك الإيضاح قال به على الظاهر أو مال إليه، وفي المسالك والروضة والكفاية إنه المشهور، وفي الرياض إنه المشهور بل لايكاد يوجد خلاف إلاّ من ظاهر الشهيد الثاني وفاقاً للإسكافي، وفي الغنية الإجماع عليه، وقد يلوح الإجماع من جامع المقاصد) انتهى.

وقد خالف في المسألة الإسكافي والشهيد كما سمعت، فقالا: القول قول الشفيع.

وعن صاحب الكفاية التفصيل بين وقوع النزاع قبل الأخذ، وبينه بعده، فيقدم قول المشتري في الأول والشفيع في الثاني، لكن في الرياض إنه خرق للإجماع المركب، وجماعة من المتأخرين ومتأخريهم أشكلوا في المسألة.

ومقتضى القاعدة هو ما اختاره غير المشهور من أن القول قول الشفيع للأصل الذي لا يعارضه ما تقدم من الأدلة، فحال المقام حال ما إذا قال الوارث: وصى المورث بخمسمائة، وقال الموصى له: بل وصى بألف، أو قال البائع: بعت بألف، فقال المشتري: بل بخمسمائة، إلى غير ذلك من الاختلاف في الزائد والناقص، إذ لا يختلف المقام عن تلك المقامات، ولا دليل خاص في المسألة حتى يحكم به على خلاف القاعدة، فإن كون الشيء ينتزع من يده لا يوجب تقديم قوله على الأصل في مورد النزاع بعد أن كان للشفيع أيضاً الحق بحكم الشرع.

ومنه يعلم وجوه النظر في الأدلة الأخر التي تقدمت عن الجواهر (فإنه هو الذي أعرف بالعقد)، بالإضافة إلى أنه ليس على إطلاقه، لإمكان أن العقد أجراه وكيله، أو وليه قبل بلوغه ثم بلغ، أو قبل عقله ثم عقل، وكان الشفيع حاضراً عند العقد مثلاً، مما يجعل الشفيع أعرف بالعقد من المشتري الذي

أخبره وكيله أو وليه بالقيمة مثلاً، إن الأعرفية لا دليل على تقدمها على الأصل.

(وكونه غارماً) مناقش فيه كبرى وصغرى، ولا دليل على أن ذا اليد التي تعلق بما تحت يده حق الغير يقدم قوله على قول ذلك الغير إذا كان مع ذلك الغير الأصل.

وكونه يترك لو ترك، فيه إشكال كبرى وصغرى، كما يعرف الإشكال في الكبرى مما ذكروه في كتاب القضاء، وكون المشتري لا دعوى له على الشفيع منقوض، لأن الشفيع لا دعوى له أيضاً على المشتري، بل الشيء متعلق حقهما، فمن الممكن أن يجعل كل واحد مدعياً والآخر منكراً، لكن في الحقيقة المدعي هو الذي يدعي الأكثر، فالأصل مع مدعي الأقل.

وقد أطال المسالك في الاستدلال على مذهبه، كما أطال الجواهر في الاستدلال على رده والمناقشة في كلامه.

ومما تقدم يعرف الكلام فيما إذا صدق البائع أحدهما وكان أو لم يكن بموازين الشهادة، أو قال المشتري بأضعاف القيمة، أو قال الشفيع بأقل من القيمة أضعافاً، أو قال المشتري بشرط البائع على خياطة قبائه مثلاً أو نحو ذلك، أو قال الشفيع بشرط المشتري على البائع خياطة قبائه أو نحو ذلك، أو قال الوارث للمشتري بالأكثر، أو قال الوارث للشفيع بالأقل، وكذلك في وليهما أو وكيلهما، إلى غير ذلك من صور الاختلاف.

فإن اللازم جريان قاعدة المدعي والمنكر في كل اختلاف بينهما، كما هو الحال في الرهن إذا اختلفا في قدر المرهون، أو اختلفا في قدر الدين، أو اختلفا في المدة أو الشرط أو نحو ذلك، فإن الباب لا يشذ عن القواعد العامة الجارية في كل اختلاف، سواء كان الاختلاف فيما تعلق حقهما به، أو كان الاختلاف في غير ذلك.

ولذا قال الجواهر أخيراً: (ليس في شيء من الأصول ولا ما ذكرناه من

أدلة المشهور ما يقتضي كون المشتري بيمينه من الطرق الشرعية لإثبات كونه الثمن الذي وقع عليه شخص العقد)، لكنه قال بعد ذلك: (لكن مع ذلك كله لا محيص عن العمل بالمشهور المحكي عليه الإجماع في الغنية الذي تطمئن النفس هنا بصوابه) انتهى.

فقد عرفت أنه لا إجماع قطعي في الباب، وإن كان المشهور قالوا بذلك، وأن اللازم العمل حسب القواعد والإجماع، ولو كان محل إشكال حيث إنه ظاهر الاستناد لا محتمله، فإنهم استندوا إلى الأدلة التي تقدمت.

ثم لا ينبغي الإشكال في أنه لو دفع الشفيع ما يدعيه المشتري تملك الشقص، لأنه ثمن على التقديرين، وليس في الأدلة ما يقتضي منع التملك مع دفع الزيادة على الثمن المعلوم عند الدافع.

نعم حكمه الحرمة على المشتري مع كذبه وحلها له مع صدقه، كما أشار إليه الجواهر، وإن قال بعد ذلك: (لم أعثر عليه قولاً لأحد منا ولا احتمالاً)، إذ فيه أنه لا يحتاج إلى القول والاحتمال، فإنه موافق للقاعدة.

ثم إنه لو أقام كل منهما بينة كان مقتضى القاعدة على ما عرفت تقديم بيّنة المشتري لأنه مدع لا الشفيع لأنه منكر وليس عليه إلاّ اليمين، وبتقديم بينة المشتري حكم الخلاف والمبسوط والشرائع والمختلف.

خلافاً للقواعد حيث قال: (لو أقاما بينة فالأقرب الحكم ببيّنة الشفيع لأنه الخارج)، ونقله مفتاح الكرامة عن السرائر والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد والكفاية، قال: وقد قال به أو مال إليه في الإيضاح، وحكم في جامع الشرائع هنا بالقرعة، ولا ترجيح في الدروس والمسالك.

أقول: قد عرفت أنه لا وجه لتقديم بيّنة الشفيع إلاّ ما ذكروه مما قد عرفت

ضعفه، كما أنه لا وجه للقرعة لأنها لكل أمر مشكل[1] ولا موضوع لها هنا، إذ بعد حكم الشارع بأن «البينة على المدعي واليمين على من أنكر» لا تبقى مشكلة.

أمّا توجيه القرعة بأنهما إذا تنازعا في العقد ولا داخل ولا خارج، إذ لا يد لهما، صارا كالمتنازعين في عين في يد غيرهما فتجب القرعة، ففيه: إنه ليس تنازعاً في استحقاق العين مطلقاً، وإنما في الثمن المخصوص، ولذا اعترض عليه في محكي جامع المقاصد بأن تنازعهما في استحقاق العين بالثمن المخصوص، وأن القرعة في الأمر المشكل الذي لم يدل النص على حكمه، وما نحن فيه ليس كذلك.

ومنه يعلم وجه النظر في قول الشرائع حيث قال: (وإن أقام أحدهما بيّنة قضي له... ولو أقام كل منهما بينة حكم ببينة المشتري، وفيه احتمال للقضاء ببينة الشفيع لأنه الخارج)، إذ قد عرفت أن الاحتمال للقضاء ببينة الشفيع ضعيف.

وعليه فلو أقام أحدهما بينة، فإن كان هو الشفيع لا يؤخذ بها، لأن البينة ليست عليه وإنما عليه الحلف، وإنما يقضي ببينة المشتري المدعي للزيادة، اللهم إلاّ إذا قيل بأن اليمين على المنكر هو بدل البينة، وهو أضعف من البينة فإذا أقام البينة و لم يقم المشتري البينة حتى يقدم ببينته على بينة الشفيع حكم ببينة الشفيع، ولا حاجة إلى الحلف، ولذا قال في الجواهر: (على المشهور يشكل سماع بيّنة المشتري الذي هو منكر وفرضه اليمين، وقد ذكرنا في كتاب القضاء أنه لا تندفع اليمين عنه بإقامة البينة)[2].

ومنه يعلم وجه النظر فيما عن حواشي الشهيد: إن الأقرب القبول، وإن

---

(١) انظر الجواهر: ج٣٧ ص٤٥١، والفقيه: ج٣ ص٥٢ الباب ٣٨ في الحكم بالقرعة ح٢.

(٢) جواهر الكلام: ج٣٧ ص٤٤٩.

كان في دفع اليمين عن المنكر بالبينة في غير هذه الصورة تردد، ووجه الفرق أنه يدعي دعوى محضة وقد أقام بها بينة فتكون مسموعة.

((شهادة البائع لأحدهما))

ثم إن المشهور ذكروا ما قاله الشرائع من أنه لا تقبل شهادة البائع لأحدهما، بل في الجواهر: لا أجد فيه خلافاً صريحاً، ونقله مفتاح الكرامة عن المبسوط والتذكرة والتحرير والدروس وجامع المقاصد والمسالك والكفاية، لكن عن ظاهر السرائر التفصيل بعدم قبول شهادته للشفيع مما يفهم منه قبول شهادته للمشتري.

وفي القواعد: ولا تقبل شهادة البائع لأحدهما، ويحتمل القبول على الشفيع مع القبض وله بدونه، ونقل هذا التفصيل في مفتاح الكرامة عن بعض، قال: استحسنه في التذكرة، وقواه في الحواشي، وكأنه مال إليه في الإيضاح، واحتمله أيضاً في الدروس ثم قال: (ولعل الأقوى القبول مطلقاً إلاّ في صورة يرجع فيها إلى كونه مدعياً أو منكراً جرياً على الضابط المذكور، ووفاقاً للإجماع المنقول في كشف اللثام، وهو الموافق لعمومات أخبار باب الشهادات والاعتبار، إذ لا معنى لرد قول الثقة الذي هو حجة لمجرد تهمة محتملة، إلاّ أن يكون قد انعقد على ذلك إجماع، والتتبع لا يقضي به لترك الأكثر له، ومخالفة السرائر في بعض ذلك على الظاهر وذكر جماعة للاحتمال المذكور في الكتاب ولو كان متقولاً لعثرنا عليه) انتهى.

والظاهر هو ما ذكره السيد العاملي لما ذكره، وأدلة المفصلين والقائلين بأنه لا تقبل مطلقاً لا يمكن الاعتماد عليها، مثلاً القائلون بعدم القبول مطلقاً ذكروا كما في جامع المقاصد والمسالك، وتبعهما الجواهر، أن علة عدم القبول أن الشهادة تجر نفعاً على التقديرين، وهو استحقاق الثمن الكثير وبدله إن ظهر

مستحقاً أو رد العين إن شهد للمشتري، بل ربما كان له غرض بعين المبيع إليه بفسخ المشتري إذا علم بالعيب أو الغبن، ويخشى فوات ذلك بأخذ الشفيع فينفره من الأخذ بكثرة الثمن والتخلص من ضمان درك الزيادة لو شهد للشفيع، بل ربما حاول بذلك إسقاط خيار الغبن أو قلة الأرش لو ظهر المبيع معيباً، بل ربما كان عالماً بالعيب ويتوقع المطالبة بأرشه، وربما خاف رد المشتري له بالعيب أو الغبن دون الشفيع فيرغبه في الأخذ بتقليل الثمن.

كما أن المحكي عن المبسوط أنه علل عدم قبول شهادته بأنها شهادة على فعله، والمنساق من إطلاق الأدلة عدم قبول الشهادة على فعل الإنسان نفسه.

وعلله غيره بأنه من التهمة، وأن الشهادة تجر النفع، ولا تقبل شهادة المتهم ولا ما تجر النفع إلى النفس.

وفي الكل ما لا يخفى، وإلاّ لسقطت كثير من الشهادات مع أن المشهور لا يقولون به، لأنه خلاف الأدلة، فإن كل متهم وكل من يجر النفع لو كان تسقط شهادته، لسقطت شهادة الزوجين أحدهما للآخر، ولسقطت شهادة الأقرباء بعضهم لبعض، والجيران والشركاء إلى غير ذلك، وقد ذكرنا تفصيل الكلام في كل ذلك في كتاب الشهادات.

ومنه يعلم وجه النظر في تفصيل السرائر، حيث قال بعدم قبول شهادته للشفيع، ولم يذكر غيره، وعلل بأنه يدفع عن نفسه ضرر الدرك.

وفي القواعد علله بأنه إذا شهد بالزيادة بعد القبض فقد أقر بزيادة الدرك فلا تهمة، ولا يلتفت إلى استحقاق المطالبة بالبدل أو العين على تقدير ظهور الاستحقاق، لأن ذلك لا يقصد عقلاً في ضمن المحذور، وإذا شهد بالنقيصة بدون القبض فقد أقدم على نقصان حقه، ومحذور الدرك مستحق في ضمن هذا.

إذ ترى أن هذين وجهان اعتباريان لا يقاومان إطلاق الأدلة.

ويظهر من الجواهر نوع تردد، حيث إنه بعد حكمه

بعدم القبول بالاتهام قال: (لكن قد ذكرنا عدم ردها بمطلق التهمة، بل التهمة المخصوصة المستفاد من الأدلة، ولعله لذا قال بعض المعاصرين: إن الأقوى القبول مطلقاً، ولكنه مخالف لمن عرفت، ولعل الأولى عدم القبول مطلقاً) انتهى.

وفيه: ما تقدم من أن مقتضى القاعدة القبول مطلقاً، ولا يمكن إسقاط الأدلة بمجرد بعض الوجوه الاعتبارية.

ومنه يعلم أنه لو كان البائع اثنين فيما قلنا بصحة الشفعة بين الشركاء فالشهادة تتم، بل حيث نقول بأن في الماليات تقبل الشهادة واليمين يتم الأمر بالشهادة واليمين في المقام أيضاً، أما شهادة وارث البائع أو وكيله أو وليه أو ما أشبه فأولى بالقبول مطلقاً لإطلاق الأدلة، وبعض المحذورات السابقة وإن كانت آتية هنا إلاّ أن تلك المحذورات وجوه استحسانية لا تقاوم الأدلة المقتضية لقبول الشهادة مطلقاً.

ومنه يعلم قبول شهادة البائع سواء كانت في الزيادة والنقيصة، أو كانت في سائر شؤون الاختلاف، فحاله حال سائر الشهداء الذين لم يذكروا فيهم هذه المحاذير إطلاقاً.

((لو أقام كل منهما البينة))

ومما تقدم يظهر وجوه النظر في قول الشرائع حيث قال: (ولو أقام كل منهما بينة حكم ببينة المشتري، وفيه احتمال للقضاء ببينة الشفيع لأنه الخارج، ولوكان الاختلاف بين المتبايعين ولأحدهما بينة حكم بها، ولو كان لكل منهما بينة قال الشيخ الحكم فيها بالقرعة، وفيه إشكال، لاختصاص القرعة بموضع اشتباه الحكم، ولا اشتباه مع الفتوى بأن القول قول البائع مع يمينه مع بقاء السلعة فتكون البينة بينة المشتري)، حيث قد عرفت أنه لو أقام كل منهما

بينة، فالحكم ببينة المشتري بدون احتمال للقضاء ببينة الشفيع، لأن الشفيع يدعي الأقل، والمشتري يدعي الأكثر، ومدعي الأكثر يحتاج إلى البينة، وإلا فمدعي الأقل معه الأصل.

كما أنه قد عرفت مما تقدم فيما اختلفا في قدر الثمن ولأحدهما بينة، لم يكن الأمر من موضع التحالف الذي يحكم ببينة أي واحد منهما، بل البينة على المدعي البائع فرضاً، واليمين على من أنكر على التفصيل السابق.

كما عرفت الإشكال في الحكم بالقرعة، كما أنه لا أثر لبقاء السلعة وعدم بقاء السلعة، حيث إن البائع هو المدعي للأكثر فالبينة بينته لا بينة المشتري.

نعم لو أبرزا الدعوى على وجه يكون كل منهما مدعياً ومنكراً، يكون الحكم لبينة أحدهما لو كان لأحدهما بينة، ولحلف أحدهما لو حلف أحدهما فقط. أما إذا حلفا أو أقام كلاهما البينة فيتساقطان، ويكون المحكم قاعدة العدل لا القرعة.

فقول الجواهر: (لكن التحقيق مع إبرازهما الدعوى على وجه يكون كل منهما مدعياً ومنكراً يتجه قول الشيخ بالقرعة مع عدم الترجيح وزيادة مخالفة الأصول على فرض تسليمها لا تقتضي جعله مدعياً بحيث ترجح بينته على الآخر، وإن أبرزها على وجه يكون البائع مدعياً والمشتري منكراً أو بالعكس إن أمكن فرضه بني على مسألة ترجيح بينة الداخل أو الخارج) انتهى.

محل مناقشة من جهتي القرعة والإشكال في المسألة في ترجيح الداخل أو الخارج، وعليه فمقتضى القاعدة أن في مورد التحالف يحكم حسب قواعد التحالف، وفي مورد المدعي والمنكر يحكم على بينة المدعي ويمين المنكر.

((تخير الشفيع إذا قضي بالثمن))

ثم إن الشرائع قال: (وإذا قضى بالثمن تخير الشفيع في الأخذ بذلك وفي الترك).

ونسب هذا القول إلى المبسوط أيضاً، لكن في القواعد: (فيتخير الشفيع

بين الأخذ به والترك، والأقرب الأخذ بما ادعاه المشتري).

ونسب هذا القول الثاني مفتاح الكرامة إلى التحرير والإرشاد والإيضاح والدروس وجامع المقاصد والمسالك والحواشي، ثم قال: (وفصل في التذكرة، فقال: الشفيع إن صدق البائع دفع ما حلف عليه، وليس للمشتري المطالبة لأنه يدعي أن ما أخذه البائع زائداً ظلماً فلا يطالب غير من ظلمه، وإن لم يعترف بما قال أدى ما ادعاه المشتري جميعاً، ووافقه على ذلك مولانا الأردبيلي، وهو جيد جداً، بل هو المتعين في النظر)، إلى آخر كلامه.

والأقرب هو قول العلامة ومن تبعه، لأن الشفيع إنما يأخذ من المشتري ويدفع إليه الثمن وهو يزعم أن البائع ظالم بأخذ الزائد فلا يأخذ الشفيع به بعد الإقرار منه النافذ في حقه، بل عن الفاضل والشهيد التصريح بذلك حتى لو رجع إلى قول البائع وقال: كنت ناسياً إلى أن يصدقه الشفيع، وذلك لأن المقر على نفسه إذا ادعى الاشتباه أو ما أشبه لزم عليه الإثبات، وإلاّ أخذ بإقراره لعموم (إقرار العقلاء على أنفسهم)[1]، وادعاؤه بعد ذلك النسيان ادعاء يحتاج إلى الإثبات، فهو كما إذا أقر بأن عليه لزيد ألفاً، ثم قال: اشتبهت، أو قال: غلطت عمداً، أو قال: بل دفعته إليه بعد ذلك، أو ما أشبه، فإنه لا يؤخذ بكلامه الثاني لأنه إقرار لنفسه، وإنما يؤخذ بإقراره الأول لأنه إقرار على نفسه، وإقرار العقلاء إنما يثبت على أنفسهم لا لأنفسهم.

وعليه، فلو قال البائع: إنه مائة، وقال المشتري: إنه تسعون، دفع الشفيع التسعين، سواء أقام البائع البينة، أو لم يحلف المشتري ورد الحلف على البائع

(١) الوسائل: ج١٦ ص١١١ الباب ٣ من الإقرار ح٢.

وحلف، أو قلنا: إن الحكم يثبت بمجرد النكول، وكذا في مورد التحالف يأخذه الشفيع بما أقر المشتري على نفسه لا بما ثبت عليه شرعاً.

وكذا في كل مورد كان الإقرار خلاف الثبوت شرعاً بما كان ضرراً على المقر، كما لو ادعى أنه مسجد أو أنها مزوجة أو ما أشبه، لكن الطرف أثبت أنه ملك فانتقل إلى المقر ما ادعى أنه مسجد، فإنه لا حق له في بيعه، أو أن الطرف قال إنها غير مزوجة، كالاختلاف بين الأب والجد في أن بنتهما مزوجة أم لا، فأثبت الجد القائل بأنها غير مزوجة، فإنه لا يحق للأب تزويجها، إلى غير ذلك من موارد الاختلاف بين الثبوت شرعاً والإقرار، إلا إذا كان في مورد دليل على الخروج وليس ما نحن فيه من المستثنى، بل من كليّ المستثنى منه.

ومنه يعلم وجه النظر فيما ذكره الجواهر، قال: (لكن قد يقال: بناءً على اعتبار دفع الثمن الواقع من الشفيع في التمليك، والفرض عدم علم الشفيع، وعدم ثبوت الواقع منه بقول المشتري خاصة، يتجه توقف الحكم بتملك الشفيع على دفع الثمن الواقع، وليس إلاّ ما يقوله البائع، خصوصاً مع إقامة البينة التي فرض قبولها منه، ومجرد اعتراف المشتري بكون الثمن كذلك لا يثبت الواقع. نعم مع مصادقة الشفيع له على ذلك يتجه الحكم بالتملك لا لثبوت ذلك واقعاً، بل لكون الحق منحصراً فيهما، فمع اتفاقهما عليه يحكم بالملك، بخلاف ما إذا انفرد المشتري فإن الإقرار في حقه لا يصيّر كون الثمن كذلك على وجه يحكم بحصول الملك للشفيع المعتبر فيه دفع الثمن في نفس الأمر على وجه لو رضي المشتري بالأقل لم يملك بإنشاء الأخذ إلاّ إذا ثبت في ذمته، ثم يبرؤه المشتري منه، وحينئذ ففي المقام لا يحكم بتملكه الشقص إلاّ بدفع ما يعلم كونه

الثمن، وإن كان لا يجوز للمشتري مطالبته بالزائد، بل ولا يملكه إن كان في نفس الأمر صادقاً، ولعل إلى هذا نظر المصنف والشيخ) انتهى.

إذ الكلام المذكور قد عرفت ما فيه، فإن الإقرار مقدم، ولذا قال الجواهر بعد ذلك: (ولكن مع ذلك فيه ما فيه باعتبار أن العين في يد المشتري وهو مقر للشفيع باستحقاق انتزاعها منه بكذا، فلا يلزم بغيره).

أما تفصيل التذكرة، ففيه إنه غير تام، فإنه لو قال المديون: إن الدائن يطلبه دينارين، وقال الدائن: بل دينار، فإنه إذا أعطاه ديناراً لم يحق له المطالبة، وإن بقي الأمر على الواقع، فإذا علم الشفيع أو ثبت عنده شرعاً أن الثمن ما صدقه بطلت شفعته وإلاّ صحت الشفعة حسب الإقرار، وإقرار الشفيع لا يغير من الواقع حتى تبطل شفعته إذا كان الإقرار اعتباطاً.

ومنه يعلم وجه النظر فيما استدل الإيضاح لإثبات قول المبسوط والمحقق بتضاد الأحكام.

قال في مفتاح الكرامة: (ومعناه أنه قد ثبت شرعاً أنه الثمن، فلو أوجب الشارع غيره أو أجازه لتضاد الحكمان، وقد قال (عليه السلام): «لا يحكم في قضية بحكمين مختلفين»[1]، ويجاب بأن ذلك مع اتحاد الحكم والمحكوم عليه وله، وهنا المحكوم عليه المشتري، والمحكوم له الشفيع) انتهى.

إذ قد عرفت أن مقتضى القاعدة هو الأخذ بإقرار المشتري لا بدعوى البائع، سواء أقام البائع الحجة حتى ثبت قوله أم لا.

أما الرواية التي رواها مفتاح الكرامة عنه (عليه السلام) فلعله أراد النقل بالمعنى،

---

(١) انظر الجواهر: ج٣٧ ص٤٥٥.

حيث يستفاد ذلك من كلام أمير المؤمنين (عليه السلام) في اختلاف القضاة في الفتيا[1]، كما لا يخفى لمن راجع نهج البلاغة وغيره.

((لو اختلفا في قيمة العوض))

ثم إن القواعد قال: (ولو اختلفا في قيمة العوض المجعول ثمناً عرض على المقومين، فإن تعذر قدم قول المشتري على إشكال).

أقول: العرض على المقومين هو الطريق شرعاً، لأنه يؤخذ بقول الخبرة في أمثال المقام، ولا يكون الحكم حسب البينة والحلف والنكول، ولذا كان هو الذي اختاره التحرير والدروس والحواشي، كما نقل عنهم.

وفي مفتاح الكرامة: (معناه أنه لو اختلف الشفيع والمشتري في قيمة الجوهرة المجعولة ثمناً بحيث لا يمكن معرفتها إلاّ بعد الرحيل والمسير يومين أو أكثر إلى المقومين الذين هم في بغداد مثلاً أو اصفهان، فإنه لا يقدم هنا قول المشتري بادئ بدء، لأنه يمكن العلم بذلك، وإن كان مع مشقة وعسر، فلا معنى لقوله في جامع المقاصد: لا معنى للاختلاف في القيمة مع وجود العين وإمكان استعلام قيمتها) انتهى.

وهو كما ذكره مفتاح الكرامة لما عرفت.

وأما قوله: (إن تعذر قدم قول المشتري)، فهو مقتضى القاعدة على ما ذكره غير واحد، وفي إشكال القواعد عليه إشكال، حيث أشكل عليه جامع المقاصد بقوله: إن منشأ الإشكال في هذه المسألة هو منشؤه فيما إذا اختلفا في قدر الثمن، فحالها عنده كحالها، وقال: (إن في الفرق بين هذه المسألة ومسألة الاختلاف في قدر الثمن، حيث جزم بتقديم قول المشتري هناك، وتردد هنا

---

(١) نهج البلاغة: الخطبة ١٨.

نظر)، وتبعه الجواهر وقال: لم يظهر لنا وجه معتد به لهذا الإشكال.

أقول: ولذا جزم بتقدم قول المشتري في التحرير والدروس، قال في أولهما: لأنهما كما إذا اختلفا في قدر الثمن.

أما توجيه الإشكال، كما نقل عن الإيضاح والشهيد من انتزاع الملك منه وأخذه منه قهراً، فلا يقهر على العوض أيضاً، فيقبل قوله مع يمينه، ومن أن الأصل عدم الزيادة، ففيه ما لا يخفى، إذ لا ربط بين أخذ الملك منه قهراً، وبين عدم ثبوت قوله، لأن الأصل مع طرفه.

ثم قال في القواعد: (ولو اختلفا في الغراس أو البناء، فقال المشتري: أنا أحدثته، وأنكر الشفيع، قدم قول المشتري لأنه ملكه والشفيع يطلب تملكه عليه).

وعلق عليه مفتاح الكرامة: (وانتزاعه من يده)، كما صرح بذلك كله في المبسوط والتذكرة وجامع المقاصد، وتبعهم في الجواهر معللاً له بأن الشفيع حيث يطلب تملكه عليه الأصل عدم تعلق حقه به، والظاهر أن الأولى تعليله بأنه ذو اليد، وذو اليد يسمع قوله، فلا حاجة إلى الأصل، لأن الأصل أصيل حيث لا دليل، سواء كان الأصل موافقاً أو مخالفاً، ولذا يقدم قول ذي اليد في أنه ملكه مع أنا نعلم سبق يد غيره عليه، إذا لم يكن هنالك دعوى مثلاً.

(إذا ادعى البيع للأجنبي)

(مسألة ٢): قال في الشرائع: (قال في الخلاف: إذا ادعى أنه باع نصيبه من أجنبي، فأنكر الأجنبي، قضي بالشفعة للشريك بظاهر الإقرار، وفيه تردد، من حيث وقوف الشفعة على ثبوت الابتياع، ولعل الأول أشبه).

وفي مفتاح الكرامة عند قول العلامة في القواعد: (ولو ادعى أنه باع نصيبه من أجنبي فأنكر الأجنبي قضي للشريك بالشفعة بظاهر الإقرار على إشكال): (قد قضي للشريك بالشفعة في المثال في الخلاف والمبسوط والتذكرة والمختلف والدروس والحواشي وجامع المقاصد والمسالك والشرائع، ونفاها في السرائر وجامع الشرائع، ولا ترجيح في التحرير والإيضاح)[1].

ومقتضى القاعدة هو ما ذكره الأولون لما احتج عليه الشيخ في الخلاف والمبسوط بأنه أقر بحقين أحدهما حق المشتري والثاني حق الشفيع، فإذا رد المشتري ثبت حق الشفيع، وحيث إن الإقرار قد تضمن حكمين غير متلازمين ثبت بالنسبة إلى ما كان عليه ولم يثبت بالنسبة إلى ما كان على غيره، لأن «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز»، كما حقق في باب الإقرار، مثلاً لو قال زيد: إني اشتريت هذا من أبي، فالشفيع له الأخذ بالشفعة، وزيد بعد ذلك لا حق له في إرث ذلك الشيء إذا مات أبوه، لأنه اعترف بأن المال صار مالاً للشفيع، ولو وقع الشيء بوجه من الوجوه في يد المعترف لزم أن يعطيه للشفيع لأنه معترف بأنه للشفيع فيما نحن فيه أو غيره، فهو مثل ما إذا اعترف زيد بأن دار عمرو وقف مسجداً، فإنه لا ينفذ إقراره في حق عمرو، لكن إذا وقعت الدار في يده يجب أن يسلمه للوقف، أو اعترف بأن زوجة زيد هي زوجة عمرو، فإنه إذا طلقها زيد لم يحق له أن يتزوجها لاعترافه بأنها زوجة عمرو، إلى غير ذلك من الأمثلة، كما ذكرنا طرفاً من ذلك في كتاب الإقرار وألمعنا إليه هنا.

---

(١) مفتاح الكرامة: ج١٨ ص٧٥٥ ط الحديثة.

ومن ذلك يعرف وجه النظر فيما ذكره الحلي في الإنكار على الشيخ، فقال في محكي كلامه: (إن الذي تقتضيه أصول أصحابنا ومذاهبهم أن الشفعة لا تستحق إلا بعد ثبوت البيع، ويستحقها ويأخذها من المشتري دون البائع، والبيع ما صح ولا وقع ظاهراً، ولا يحكم الحاكم بأن البيع حصل وانعقد، فكيف يستحق الشفعة في بيع لم يثبت عند الحاكم أن يحكم، وكيف يأخذها من البائع، وأيضاً الأصل أن لا شفعة، فمن أثبتها احتاج إلى دليل قاطع، وهذه المسألة حادثة نظرية لا يرجع فيها إلى قول المخالفين، ولذا رده المختلف بأن ثبوتها لا يتوقف على ثبوت البيع، بل على البيع نفسه، وقد أقر به البائع، سلمنا لكن ثبوت البيع بأمرين، إما البينة أو الإقرار، وقد حصل أحد الأمرين بالنسبة إلى المقر، ولهذا لو صدقه المشتري ثبتت الشفعة بمجرد الإقرار، ونمنع عدم ثبوته عند الحاكم بالنسبة إلى الشريك) انتهى.

والظاهر أنه لم يتعرض الجواب عن الأصل، لأنه لا مجال للأصل بعد وجود الإقرار، كما أنه لا مجال للأصل بعد وجود البينة أو ما أشبههما.

ومنه يعلم وجه النظر في كلام مفتاح الكرامة في رد المختلف حيث قال: الأقوى هو قول السرائر نظراً إلى الأصل والإجماع على أن الأخذ من المشتري، والعلة المومي إليها في خبر عقبة[1] ولا مخرج عنها، كما أخرج عنها في غير المسألة، إذ لا إجماع في المقام، والإطلاقات لندرتها لا تتناولها، بل قولهم (عليهم السلام): «باع نصيبه»[2]، وباع الدار، الى غير ذلك لا يتناول من ادعى البيع لردت دعواه بحق المنكر، خصوصاً الخبر الذي سئل فيه عن الشفعة لمن

(١) الوسائل: ج١٧ ص٣١٩ الباب ٥ ح١.

(٢) الوسائل: ج١٧ ص٣١٩ الباب ٥ ح١.

هي، وفي أي شيء هي، فقال: «إذا كان الشيء بين شريكين لا غيرهما فباع أحدهما نصيبه فشريكه أحق به من غيره»[1]، انتهى كلامه.

وفيه: إننا لا نريد إثبات البيع، وإنما نريد الأخذ بالإقرار، والإقرار كالبينة طريق كما ذكره المختلف، فحال المقام حال ما إذا كان شيء في يد ذي اليد وباعه فإنا لا نعلم بالبيع قطعاً، وإنما نحكم به ظاهراً.

ومنه يعرف وجه النظر في قول الجواهر حيث إنه بعد نقله كلام السرائر قال: (هو في غاية الجودة، خصوصاً بعد ما سمعته منا من عدم ثبوت البيع بإقرار المشتري مع البائع، فضلاً عن البائع خاصة، ومن مخالفة الشفعة للأصل التي ينبغي الاقتصار فيها على المتيقن، فضلاً عما كان المنساق من الأدلة خلافه، ومن الإجماع بقسميه على أن الشفيع يأخذ من المشتري على وجه يكون دفع الثمن جزءَ مملك ومعلومية عدم ثبوت الموضوع بالإقرار الذي هو حجة على المقر نفسه، لا أنه يثبت موضوعاً علق الشارع عليه حكماً، والأخذ بالشفعة مع التصادق بين الشفيع والمشتري ليس لثبوت الموضوع، بل لأن الحق منحصر فيهما وقد اعترفا به، ولا يبعد هنا مع فرض تصادق الشفيع مع البائع أن يكون له الأخذ مع دفع الثمن للحاكم، بناءً على عموم ولايته لمثل هذا).

ولذا أضرب عن هذا الكلام أخيراً بما اقترب من قول المشهور، وإن علقه على شيء غير تام، قال: (وبالجملة فإن كان المراد ثبوت الشفعة بالإقرار المزبور على وجه يترتب عليها حكمها الذي منه بطلانها مع عدم الفور ونحوه، فلا ريب في عدم ثبوت ذلك بإقراره مع المشتري، فضلاً عن أحدهما خاصة، وإن كان المراد أن للشفيع الأخذ مؤاخذة للمقر بإقراره فلا بأس به) انتهى.

(١) الوسائل: ج١٧ ص٣٢١ الباب ٧ ح٢.

فإن مقتضى القاعدة أن له الحق في الأخذ بالشفعة بالنسبة إلى المقر، وكل شؤون الشفعة جارية حتى الفورية إذا لم نقل بأنه من الأعذار.

نعم لا يتمكن هو من جعل الدرك على المشتري، لأن البيع إنما يثبت بالإقرار، والإقرار إنما يكون حجة على المقر لا على غيره، كما ثبت في محله.

ولذا قال في المسالك: (إن أقر البائع بقبض الثمن دفعه الشفيع للحاكم لأنه مستحق عليه، ولا يدعيه أحد وإلاّ كان للبائع أخذه قصاصاً)، وإن استغربه الجواهر قائلاً في رده: (ضرورة عدم تماميته، بناءً على مدخليته في التملك، والمقاصة التي ذكرها لا وجه لها بعد عدم ملك المشتري له، وخصوصاً بعد إحلاف المشتري) انتهى.

إذ حيث إن البائع يقر بأنه باع، فإن كل الآثار مترتبة على البيع حسب إقراره، فحال الإقرار حال البينة، وحال قول ذي اليد في كل ما كان على المقر، وإذا كان كذلك صحت المقاصة أيضاً.

أما ما ذكره المسالك بعد ذلك حيث قال: (ولا يثبت الدرك على المشتري لعدم ثبوت البيع بالنسبة إليه، بل يبقى على البائع)، فهو كما ذكره.

ولا يرد عليه إشكال الجواهر بقوله: (وفيه: إنه لا وجه لكون دركه عليه بعد إقراره بكون الشقص ملكاً لغيره) انتهى.

إذ الوجه أن (من له الغنم فعليه الغرم)، فكما أنه يأخذ المال من الشريك كذلك يكون الدرك عليه.

ومما تقدم يعلم حال ما إذا مات الأجنبي ووارثه لا يعلم صحة البيع وعدمها، وكذلك إذا جن الأجنبي وكان له ولي، أو غاب غيبة منقطعة مما كان وليه الحاكم الشرعي، إلى غير ذلك من الأمثلة.

أما إذا قال البائع: إني بعته للمشتري وقبضت منه الثمن، فإنه يأخذ الشريك بالشفعة، ويعطي الثمن للحاكم، لأن الحاكم ولي الممتنع، ويكون حال هذا المال حال سائر الأموال التي يكون مرجعه الحاكم مما ينكره الطرفان مع علم الحاكم بأنه لأحدهما.

ومنه يعلم أن وجه ترديد مفتاح الكرامة في المال غير ظاهر، قال: (ثم ما ذا يكون حكم الشفيع إذا اعترف البائع بأنه قبض الثمن من المشتري، وأنكر المشتري ذلك، أيأخذ الشقص بغير ثمن، أم يقال للمشتري: إما أن تقبض أو تبرءه، مع أنه لا يجب عليه شيء منهما، بل قد يكون لا يريد أن يأخذ الثمن من الشفيع، لعلمه بأن ماله حرام أو فيه شبهة، أم يقرر الثمن في ذمة الشفيع، لأنه معترف له به، ولا يدعيه مع أن عليه ضرراً في إبقاء حق غيره في ذمته، أم يدفع للحاكم فيتصدق به عن مالكه، لأنه كمجهول المالك، أم يضعه في بيت المال حتى إذا اعترف به أخذه، أم يضعه في بيت المال مع الأموال الضائعة، أم يكون حاله حال مال بيت المال كما يقوله العامة، وماذا يصنع البائع إذا لم يعترف بالقبض، أيأخذ الثمن من المشتري وهو لا يستحقه عليه، أم يأخذه بعنوان القصاص من المشتري و لم يملك)، إلى آخر كلامه.

فإن هذه الترديدات كما ترى، حيث إن المال إذا كان مردداً بين نفرين أجريت فيه قاعدة العدل من التقسيم بينهما، لأنه لا أولوية لأحدهما على الآخر، وكلاهما على الفرض مقر بأنه ليس له، كما أنه لا وجه لإعطائه لغيرهما أو التقسيم بينهما بدون العدل، بأن يعطى لأحدهما الثلث وللآخر الثلثين مثلاً، كما ذكرنا ذلك في بعض مباحث (الفقه) مفصلاً.

ومنه يعلم حال ما إذا قال: أخذت بعضه و لم آخذ بعضه بعد، فإنه بالنسبة

إلى كل بعض يجري حكم الكل، إذا نفى أخذه أو أثبته.

كما أن مما تقدم يعلم حال ما إذا اعترف المشتري بأنه اشتراه وأنكر الشريك، حيث إن الشفيع له الأخذ بالشفعة ويتربص الفرصة بأنه إذا انتقل إليه بالإرث ونحوه مثلاً يأخذه منه، لقاعدة إقرار العقلاء وغيره مما تقدم.

((إحلاف المشتري))

ثم قال في القواعد: (وللشفيع دون البائع على إشكال إحلاف المشتري).

وفي مفتاح الكرامة حاصله: (إنه إذا ادعى أنه باع نصيبه من أجنبي وأنكر الأجنبي فلا شك، كما في الإيضاح في إحلاف الشفيع للمشتري، إما لإثبات الشفعة على قول ابن إدريس، أو لإثبات الدرك، وهذا الذي نفى الشك فيه توقف فيه في التذكرة والدروس حيث لا ترجيح فيهما، وفي التحرير والمسالك إنه أقوى، ووجه العدم أن مقصوده أخذ الشقص وضمان العهدة، وقد حصل من البائع فلا فائدة في المحاكمة).

أقول: الظاهر أن كل واحد من البائع والشفيع له حق الإحلاف على المشتري، لتعلق حقهما معاً بذلك.

ولذا قال في الجواهر: (وعلى كل حال، فلا إشكال في أن للبائع إحلافه إذا لم يكن قد قبض الثمن، بل ومع قبضه من الشفيع، وإن استشكل فيه في القواعد، وأما الشفيع فله إحلافه أيضاً، كما صرح به غير واحد، بناءً على قبول الدعوى منه وإن لم يكن جازماً بها، تحصيلاً لإقراره وضمانه الدرك وغير ذلك مضافاً إلى الصدق المزبور) انتهى.

((إحلاف البائع))

أقول: ومنه يعرف أنه لو ادعى المشتري الاشتراء وأنكر البائع، فإن

لكل من المشتري والشفيع إحلاف البائع لتعلق حقهما معاً به.

ثم إن الحلف بالجزم إذا لم يدع النسيان وكان هو الطرف، أما إذا كان وارثه أو وليه أو وكيله أو وصيه أو ما أشبه، أو ادعى النسيان، فالحلف يكون على عدم العلم حسب قوانين الادعاء والإنكار، والله سبحانه العالم.

((**ادعاء ابتياع الشريك**))

(**مسألة ٣**): قال في الشرائع: (إذا ادعى أن شريكه ابتاع بعده فأنكر، فالقول قول المنكر مع يمينه).

أقول: هذا الادعاء ينفع في أنه يستحق الشفعة عليه، فإن ادعاء ابتياع الشريك بعده مع كمال شرائط الشفعة يوجب استحقاق هذا المدعي للأخذ بالشفعة وعليه البينة، وعلى طرفه المدعى عليه اليمين، وإذا لم يحلف يبنى على القولين في الحكم بمجرد الحلف أو بعد رد اليمين على المدعى.

وكيف كان، ففي الجواهر: بلا خلاف أجده بين من تعرض له.

وفي مفتاح الكرامة عند قول العلامة: (ولو ادعى تأخير شراء شريكه، فالقول قول الشريك مع يمينه)[1]: (كما صرح بذلك في المبسوط والمهذب والسرائر والشرائع والتذكرة والتحرير واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة والإرشاد ومجمع البرهان)[2].

وذلك لأصالة عدم تحقق شرط الشفعة.

لا يقال: إنها معارضة بأصالة عدم تقدم شرائه، إذ بعد تساقط الأصلين يرجع إلى الشك في تحقق الشرط فعلى مدعيه الإثبات.

ومنه يعلم حكم الجهل بأحد التاريخين، أو الشك فيهما، أو الجهل بهما، ولو ادعى كل واحد أنه مقدم على شريكه فأخذا بالشفعة كان الأمر بينهما نصفين أيضاً، لقاعدة العدل إذا لم يكن هنالك بينة ولا حلف.

ثم قال الشرائع: (فإن حلف أنه لا يستحق عليه شفعة جاز، ولاي كلف اليمين أنه لم يشتر بعده).

وفي الجواهر: بلا خلاف أجده أيضاً بين المتعرضين له.

وفي مفتاح الكرامة عند قول العلامة: (ويكفيه الحلف على عدم استحقاق الشفعة) نسبته إلى المبسوط والمهذب والسرائر والشرائع والتذكرة والتحرير واللمعة وجامع

---

(١) قواعد الأحكام: ج٢ ص٢٦٢.

(٢) مفتاح الكرامة: ج١٨ ص٧٥٨ ــ ٧٥٩ ط الحديثة.

المقاصد والمسالك والروضة، ووجهه واضح، لأن الحلف على الأعم مع ادعاء الأخص هنا وفي غيره مشمول لقوله (صلى الله عليه وآله): «واليمين على من أنكر»[1]. فإنه إذا ادعى أنه يطلبه ديناراً لأنه اشترى منه شيئاً فحلف على أنه لا يطلب منه شيئاً شمل الادعاء وغيره.

أما العكس فلا يصح، بأن يدعي الأعم ويحلف على الأخص، لأن انتفاء الأخص لا يوجب انتفاء الأعم كما هو واضح.

وبذلك ظهرت الأقسام الأربعة، بأن يدعى الأخص أو الأعم، ثم يحلف على الأخص أو الأعم.

وفي المسالك وتبعه مفتاح الكرامة أن لبعض العامة وجهاً لتحتم الحلف على نفي الأخص على طبق الدعوى، ووجهاً آخر بأنه يجب الحلف على نفي الأخص إن أجاب به، لأنه لم يجب به إلاّ ويمكنه الحلف عليه، وإن أجاب بالأعم ابتداءً لم يكلف غيره، وفي كلا الوجهين نظر، لما عرفت من أنهما خلاف قوله (صلى الله عليه وآله): «البينة على المدعي واليمين على من أنكر». فإن العرف يفهم منه صحة الحلف على نفي الأخص، وعلى نفي الأعم فيها إذا نفى الأخص في دعواه.

ومنه يعرف أنه لا وجه للمناقشة التي ذكرها الجواهر[2]، بأن ظاهر قوله (صلى الله عليه وآله): «البينة على المدعى واليمين على من أنكر»، كون كيفية اليمين على ما وقع منه من الإنكار، ولذا قال بعد ذلك: لكنه واضح الضعف بعد فرض كون الجواب صحيحاً، لأنه يمكن أن يكون قد اشترى بعده ولكن سقطت الشفعة بمسقط، ولا يستطيع إثباته لو ادعاه.

---

(١) الوسائل: ج١٨ ص٢١٥ الباب ٢٥ من كيفية الحكم ح٣.

(٢) الجواهر: ج٣٧ ص٤٦٠.

ومنه يعلم، أنه لا فرق بين الحلف على نفي الأخص فيما إذا ادعى الأعم في عدم القبول بين أن يكون الحلف على نفي الأخص مطلقاً، أو لنفي الأخص من وجه، كما إذا ادعى أنه لا إنسان في الدار ثم حلف على أنه لا أبيض في الدار، فإن كلا الحلفين غير نافع، لأنهما ليس حلفاً على نفي الدعوى لإمكان تحقق العموم من وجه بفرده الآخر غير المحلوف عليه.

((إذا قال كل منهما أنا الأسبق))

ثم قال الشرائع: (ولو قال كل منهما: أنا أسبق فلي الشفعة، فكل منهما مدع، ومع عدم البينة يحلف كل منهما لصاحبه، وتثبت الدار بينهما).

أقول: إن ادعى كل منهما ذلك فإما أن يقيما البينة أو يحلفا أو يقيم أحدهما البينة أو يحلف أحدهما، فإن أقاما كل منهما البينة أو حلفا أو لم يكن لأحدهما بينة ولا حلف فلا شفعة لأحدهما على الآخر، بل تثبت الدار بينهما لقاعدة العدل.

أما إذا أقام أحدهما البينة فالحكم له، وكذلك إذا حلف أحدهما فالحكم له.

وفي مفتاح الكرامة عند قول العلامة: (ولو ادعى كل منهما السبق تحالفا مع عدم البينة): صرح بذلك الشرائع والإرشاد واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان.

ثم قال: (ويأتي للمصنف في الكتاب وغيره والشيخ والقاضي في المسألة أنه يسمع من أحدهما أولاً لسبقه أو للقرعة أو لكونه عن يمين صاحبه حتى تنتهي دعواه، ثم يسمع من الآخر دعواه) انتهى.

وقد أخذ منه الجواهر حيث قال: (قد يشكل ذلك بأنهما دعويان مستقلان لا دعوى واحدة يكون الحكم فيها بالتحالف فيتجه حينئذ فيها أن يقال: إنه إن

سبق أحدهما بالدعوى أو كان عن يمين صاحبه، وقلنا بالترجيح، أو أقرع الحاكم في استخراج تقديم أيهما في الدعوى، مع فرض تقارنهما يسمع دعواه ويحلف المنكر مع عدم البينة، فإن نكل حلف المدعي وقضي له و لم تسمع دعوى الآخر بعد استحقاق خصمه ملكه، بناءً على اعتبار بقاء الملك في استحقاق الشفعة. نعم لو حلف و لم ينكل سقطت دعوى خصمه عليه الشفعة وبقيت له دعوى بها عليه، فإذا ادعى بها وحلف خصمه استقر الملك بينهما على الشركة بلا شفعة، وإن نكل حلف هو وشفع إن أراد وصار الكل له، كما صرح بذلك في موضع من القواعد، بل هو المحكي عن المبسوط والمهذب والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد) انتهى.

لكن مقتضى القاعدة حيث ذكرنا في كتاب القضاء أن المعيار في الدعوى المصب لا المآل أنه إن أبرزا دعويين كان كما ذكر، أما إذا ذكرا دعوى واحدة فهو كما ذكرناه أولاً، إذ من الممكن إبزارهما بصورة دعويين باعتبار أن كلاً منهما يدعي الشفعة في شقص الآخر فهما دعويان لشفعتين، كما يمكن إبرازهما على وجه يكون كالدعوى الواحدة باعتبار أن كلاً منهما يدعي السبق الذي هو واحد، وبذلك يظهر أنه لا تنافي بين الكلامين الذين ذكرهما القواعد وغيره ممن عرفت، فإذا كانت دعوى واحدة كان كما ذكره الشرائع وغيره، وإن كانت دعويين كان كما ذكره المبسوط وغيره.

ولذا قال في الجواهر أخيراً: (إنهما إن اختارا إبرازها بعنوان دعويين مستقلين فحينئذ يأتي كلام الشرائع الذي هو البدء بإحداهما على حسب غيرها من الدعوى، فإذا انتهت توجهت الأخرى إن بقي لها محل) انتهى.

فإن الحاكم إنما ينظر إلى الدعوى كما تعنون لا إلى المآل أو ما يحتمل أنه المراد من الدعوى، فقد يختلف الزوجان مثلاً في وجوب النفقة لها عليه وعدم الوجوب، وقد يختلفان في أن العقد متعة أو دوام، فإذا فرض أن فائدة الدعوى الثانية إنما هي النفقة لا يقال: إن الخلاف في النفقة وعدمها، بل يقال: بأن الفرق بين المتعة والدوام الاشتراط في العقد وعدمه.

ومن الواضح انعكاس الأصل في مصب الدعويين، وإن كان المآل واحداً، إلى غير ذلك من الأمثلة مما يمكن أن تعنون الدعوى بعناوين متعددة يكون الحق في بعضها لهذا الطرف، وفي بعضها للطرف الآخر حسب الأصل، وقد ذكرنا بعض تفصيل ذلك في أواخر شرح العروة وكتاب القضاء وغيرهما.

وكيف كان، فقد قال في الشرائع: لو كان لأحدهما بينة بالشراء مطلقاً لم يهتم بها، إذ لا فائدة فيها، ولوشهدت لأحدهما بالتقدم على صاحبه قضى بها).

ووجه كلا الحكمين واضح، إذ في الأول لا نزاع بينهما في الشراء المطلق الذي لا يثبت الشفعة، والثاني مشمول للأدلة، فإن البينة على التقدم مقتضى بها، وإن كان للآخر البينة المطلقة حيث لا فائدة في البينة المطلقة في مقابل البينة المقيدة.

ومنه يعلم أنه لا يظهر وجه لمناقشة صاحب الجواهر، حيث قال: (لكن قد يناقش بأنها أعم من اقتضاء الشفعة إلاّ أن يكون مورد التراع بينهما كذلك لا أنه أمران السبق واستحقاق الشفعة، كما هو ظاهر المتن)، إذ لا ظهور للمتن في ذلك، بل ظهور المتن فيما ذكرناه.

قال في الشرائع: (ولو كان لهما بيّنتان بالابتياع مطلقاً، أو في تاريخ واحد فلا ترجيح)، وذلك واضح لعدم الفائدة في المطلقة، واقتضاء الثانية عدم الشفعة بينهما لعدم السبق من أحدهما كما ذكره الجواهر.

ثم إن كان لكليهما بيّنة

واحدة شهدت لهذا تارة ولذلك أخرى، فمع عدم التعارض بأن كانت إحداهما مطلقة والأخرى مقيدة فلا كلام، أما مع التعارض فهما ساقطتان للمناقضة بين كلامهما حيث لا يشمل مثله أدلة البينة، وبذلك يرفع احتمال قبول قولهما الأول، حيث إنه لا مانع منه بخلاف الثاني، حيث أنه لا يبقى مجال له مع القول الأول، إذ بعد عدم شمول الأدلة لمثل القولين لا وجه لهذا الوجه الاستحساني.

ويؤيده ما رواه محمد بن قيس، عن أبي جعفر (عليه السلام) قال: «قضى أمير المؤمنين (عليه السلام) في رجل شهد عليه رجلان بأنّه سرق فقطع يده، حتّى إذا كان بعد ذلك جاء الشاهدان برجل آخر فقالا هذا السارق، وليس الذي قطعت يده إنما شبهنا ذلك بهذا، فقضى عليهما أن غرمهما نصف الدية و لم يجز شهادتهما على الآخر»[1].

ومثله بعض الروايات الآخر التي ذكرها الوسائل وغيره في باب أنه إذا شهد شاهدان بالسرقة، ثم رجعا بعد القطع ضمنا دية اليد، فإن شهدا على الآخر بالسرقة لم يقبل[2].

ثم قال الشرائع: (ولو شهدت بيّنة كل واحد منهما بالتقدم قيل تستعمل القرعة، وقيل سقطتا وبقي الملك على الشركة).

قال في مفتاح الكرامة عند قول العلامة: (ولوشهدت بينتان كل منهما بالسبق احتمل التساقط والقرعة): (ومثله في عدم الترجيح الشرائع والتذكرة والتحرير والمختلف، وفي المبسوط وجامع المقاصد أن الأقوى القرعة، وبه جزم في المهذب، وفي الإيضاح والمسالك أن الأولى التساقط والتحالف، واستبعده في جامع المقاصد لانتفاء اليمين عن الدعوى مع قيام البينة، ونقل

(١) الوسائل: ج١٨ ص٢٤٣ الباب ١٤ من الشهادات.

(٢) الوسائل: ج١٨ ص٢٤٣ الباب ١٤ من الشهادات.

في المختلف الاحتمال الأول قولاً و لم نجده، وإنما هو احتمال لنا وقول للعامة، واحتمل في التذكرة أيضاً القسم بينهما).

أقول: أما وجه التساقط فلأنهما طريقان متعارضان، ولذا بنى جماعة من الفقهاء على التساقط في مثل ذلك، لعدم شمول الأدلة للمتعارضين، ولا ترجيح لأحدهما على الآخر فلا بد من التساقط وعدم الحكم بالشفعة، ووجه القرعة أن إحداهما كاذبة، وذلك غير معلوم، فاللازم أن تستخرج بالقرعة لأنها لكل أمر مشكل[1].

هذا بالإضافة إلى بعض الروايات الدالة على ترجيح القرعة لإحدى البينتين[2].

ووجه التحالف بعد التساقط أنه بعد تساقط البينتين تبقى الدعويان على حالهما، وقد ذكر المسالك أن الحكم باليمين مع سقوط البينة ليس ببعيد، ووجهه أن النبي (صلى الله عليه وآله) حصر الأمر بين البينة واليمين[3]، فإذا سقطت البينة بسبب التعارض كان المجال لإطلاق دليل اليمين.

وأشكل عليه في مفتاح الكرامة بأنه لم نجد له أثراً في مثله أصلاً في التحالف والتساقط، وقال: فتعيّنت القرعة.

كما أنه أشكل المفتاح الكرامة في التساقط بقوله: لكنا لم نجدهم أسقطوا البينتين يوماً، بل إما قسموا المال بينهما نصفين إذا كان في يدهما، أو فزعوا إلى القرعة فقط، أو الحلف بعدها إذا كان خارجاً عنهما.

وتبعه الجواهر فيما ذكره، فقد قال بعد نقله كلام المسالك: (بأن الحكم باليمين مع سقوط البينة ليس بالبعيد، وكأنه لعدم تحريره المسألة في كتاب القضاء ضرورة معلومية عدم سقوط البينة عندهم بحال، كضرورة كون القاعدة عدم اليمين معها، فليس حينئذ إلاّ

---

(١) انظر الجواهر: ج٣٧ ص٤٥١، والفقيه: ج٣ ص٥٢ الباب ٣٨ في الحكم بالقرعة ح٢.

(٢) الوسائل: ج١٨ ص١٨٣ الباب ١٢ من كيفية الحكم.

(٣) لوسائل: ج١٨ ص١٧١ الباب ٣ من كيفية الحكم.

القرعة بعد عدم إمكان القسمة بجعل الشفعة لكل منهما في النصف، لعدم تبعض الشفعة) انتهى.

لكن يمكن أن يقال: بترجيح إحدى البينتين على الأخرى بالتراجيح التي وردت في بعض الروايات[1]، وذكرناها في كتاب الشهادات، إلاّ أن يقال: بأن الأمر لما كان مالياً كان مقتضى القاعدة إجراء قاعدة العدل.

(١) الوسائل: ج١٨ ص٧٥ الباب ٩ من صفات القاضي ح١.

((**إذا اختلفا في الإرث والابتياع**))

(**مسألة ٤**): قال في الشرائع: (إذا ادعى الابتياع وزعم الشريك أنه ورث وأقاما البينة، قال الشيخ: يقرع بينهما لتحقق التعارض).

وذلك بأن يدعي الشريك على الشريك أنه انتقل إليه الشقص بالابتياع، لكن الشريك قال: إنه ورث، وكذا الحكم إذا ادعى الشريك أنه صولح عليه أو أخذه جعالة أو هبة أو ما أشبه مما لا شفعة، وأقام كل واحد منهما البينة، فالشيخ يقول: حيث لا ترجح فيشتبه الحال في صدق أحدهما يستخرج بالقرعة لأنها لكل أمر مشكل خلافاً للمشهور، حيث قدموا بينة الشفيع.

قال في القواعد: (ولو ادعى الابتياع وادعى الشريك الإرث، وأقاما بينة قيل يقرع، والأقرب الحكم ببينة الشفيع).

وفي مفتاح الكرامة: (إن الحكم ببينة الشفيع خيرة الحواشي وجامع المقاصد والمسالك، وفي التذكرة إنه قوي، واحتمله في الدروس لأنه المدعي في الحقيقة، لأن القول قول مدعي الإرث مع اليمين فتكون البينة بينة الشفيع، ولأنه لو ترك لترك، ولأنه يطلب انتزاع ملك المشتري، ويدعي استحقاق ذلك والشريك ينكره، فلم يكن الملك فيه مشكلاً محلاً للقرعة، وزاد في جامع المقاصد ما نبه عليه في الدروس من أنه ربما لم يكن بين البينتين تعارض، إذ ربما عولت بينة الإرث على أصالة بقاء الملك إلى حين الموت فانتقل بالإرث لعدم علمها بصدور البيع، لأن استنادها في ذلك إلى الاستصحاب كاف، وبينة الشراء اطلعت على أمر زائد، ووافقه على ذلك صاحب المسالك، ولا ترجيح في الشرائع والتحرير والإيضاح) انتهى.

ومقتضى القاعدة هو ما ذكروه، لا ما ذكره الشيخ، للدليل المتقدم من أن الشفيع خارج يريد أخذ المال فعليه البينة، وإنما على المنكر اليمين وهو

المالك المدعي للإرث، وذلك إنما يصح فيما يمكن أن يكون وارثاً.

أما إذا لم يمكن فالعلم حائل دون قبول قول المالك، بأن يكونا أجنبيين مثلاً، من غير فرق في ذلك كله بين تعارض البينتين، كما لو قال: أعلم أن المالك لم يبع له بل ورث، أو قال: أعلم أنه لم يبع له، بدون أن يقول: بل ورث، وبين عدم تعارضهما، كما إذا قال: كان لمورثه، والأصل بقاؤه حتى ورث، ولا أعلم أنه باع أو لا، لوحدة المناط في الجميع، وهو كون البينة على المدعي الذي هو الشفيع.

ولا فرق في دعوى الشريك عدم الابتياع فقط، أو الإرث، أو الانتقال بالصلح، أو نحو ذلك، إذ المهم في الدعوى أن الشريك منكر، سواء أضاف شيئاً آخر أو لم يضف، ولذا لا ينظر إلى ذلك بالنسبة إلى سائر الدعاوي، كما أنه إذا كان شيء في يد زيد، فقال عمرو: هو مالي، وقال زيد: هو مالي بالإرث مثلاً، فإنه لا ينظر إلى قوله بالإرث، وإنما يكون الخارج مدعياً عليه البينة والداخل منكراً، ويحلف على عدم كونه ملك المدعي، أما كونه إرثاً أو لا فهو خارج عن مصب الدعوى، سواء أثبته أو لم يثبته.

ومنه يعلم أن قول الجواهر: (لكن قد يقال: إن ذلك حيث يكون جواب الشريك عدم الابتياع لا الإرث أو الانتقال بالصلح أو نحو ذلك مما يكون به مدعياً زيادة على الإنكار، وحينئذ يتجه ما يقوله الشيخ، ضرورة كون كل منهما مدعياً أمراً خارجاً عن الأصل، وكون القول قول الشريك مع عدم البينة لو اقتصر على الإنكار لا يقتضي كونه كذلك حتى إذا ادعى أمراً آخر، والفرض أنه أقام البينة عليه، وتظهر الثمرة أنه لو لم تكن إلا بينته لم يكن عليه يمين، وإن قلنا: إن المنكر لا تسقط عنه اليمين بالبينة، ولعل التأمل في بعض كلامهم

في مسألة الإيداع يشهد بذلك في الجملة خصوصاً بعد ظهوره في القرعة مع المنافاة) انتهى.

غير ظاهر الوجه، نعم إذا كان أثر لإثباته الإرث مثلاً كان دعوى أخرى.

ثم قال القواعد: (ولو صدق البائع الشفيع لم تثبت).

وفي مفتاح الكرامة: كما في التحرير وجامع المقاصد.

أقول: قد تقدم أن للبائع الحق في أن يكون شاهداً لإطلاق أدلة الشهادة، ولا مخرج له إلاّ ما تقدم من أنه إقرار في حق الغير فلا يقبل، ولا يعد مثل ذلك شهادة لأنها على فعل نفسه، وأنه مورد التهمة، وقد عرفت أن كل ذلك لا يقاوم إطلاق أدلة الشهادة.

ومنه يعرف أن قول مفتاح الكرامة: (لو ادعى على شريكه شراء نصيبه من زيد فصدقه زيد، وأنكر المشتري وقال: إني ورثته من أبي، لا يقبل، لأن تصديق من خرج عنه الملك إلى الغير إقرار في حق الغير فلا يقبل، ولا يعد مثل ذلك شهادة لأنها على فعل نفسه في موطن تهمة)، محل نظر.

وإن تبعه الجواهر بقوله: (لو أقر زيد بالبيع أيضاً فكذلك لأنه إقرار في حق الغير، ولا يكون بذلك شاهداً لما عرفته سابقاً من عدم قبولها على فعل نفسه، وما ذكروه من جر النفع بها، وليست الشفعة من حقوق العقد التي يقبل فيها قول البائع باعتبار كونه إقراراً في حق نفسه، وإنما الشفعة حق ثابت بالاستقلال للشريك بسبب البيع) انتهى.

نعم من الواضح أن البائع يكون أحد الشاهدين، لا أنه يثبت به مطلقاً، فاللازم إما ضم شاهد آخر فيما إذا كان رجلاً، أوضم اليمين أو تمامية شرائط الشهادة في المرأة إذا كانت امرأة.

ثم إنه يلزم أن يقيم الشفيع البينة على أنه انتقل إلى الشريك بالبيع، أما أنه

إذا أقام بينة لا تدل على ذلك، كما لوشهدت البينة أنه كان لزيد مثلاً، فإن ذلك لا ينفع الشفيع، كما نبه عليه الجواهر قائلاً: (ولو أقام الشفيع بينة أنه كان لزيد مثلاً لم تفده)، آخذاً ذلك من القواعد حيث قال: (وكذا لو أقام الشفيع بينة أنه كان للبائع و لم يقم الشريك بينة بالإرث لأنها لم تشهد بالبيع)، وفي مفتاح الكرامة: (كما في التحرير وجامع المقاصد، لأنها لم تشهد بالبيع فما لم يثبت البيع لم تثبت الشفعة) [1].

أقول: الظاهر أنه لا فرق بين أن تكون بينة الشفيع قائمة على البيع، أوقائمة على نفي كل أنحاء الانتقال ما عدا البيع، بأن نفى الجعالة والإرث والانتقال بسبب الحيازة والهبة والصلح وما أشبه مما لا يبقى إلاّ البيع، فإنه مثبت أيضاً لقول الشفيع، فهو كما إذا ادعت المرأة مثلاً الانقطاع والرجل الدوام، وأتى الرجل بينة على أنه لم يكن انقطاع ثبت قوله، إذ لا فرق في إطلاق أدلة البينة بين الأمرين، فإذا ادعت المرأة الانقطاع لمدة شهر والرجل لمدة شهرين، فلا فرق بين أن يقيم الرجل البينة على كلامه أو على نفي كلامها، ففي كليهما يثبت قول الرجل، وكذا فيما أشبه ذلك.

ومما تقدم يعرف وجه النظر في قول الجواهر: (ولو ادعى الشريك أن زيداً باعه إياه، وصدقه زيد على ذلك، ولكن الشريك يقول: إني ورثته من أبي، لم تثبت الشفعة أيضاً، إذ تصديق زيد لا يمضي إقراراً على غيره ولا شهادة على فعله)، إذ قد عرفت أنه لا بأس بكونه من الشهود، لإطلاق أدلة الشهادة.

((لو اختلفا بين الإيداع والابتياع))

قال في الشرائع: (ولو ادعى الشريك الإيداع، قدمت بيّنة الشفيع، لأن الإيداع لا ينافي الابتياع).

أقول: إذا اختلفا بين الإيداع والابتياع، فإما لهما البيّنة، أو يحلفان، أو

---

(١) مفتاح الكرامة: ج١٨ ص٧٦٤ ط الحديثة.

لا بينة ولا حلف لأحدهما، أو يحلف أحدهما، أو يقيم البينة، ومقتضى القاعدة أن البينة على الشفيع والحلف على الشريك، لأن الشفيع مدع والبينة على المدعي، والشريك منكر فالحلف عليه.

فإذا أقاما البينة قدمت بينة الشفيع، وإذا حلفا قدم حلف الشريك، وإذا أقام الشفيع البينة فلا مجال للحلف، كما أنه إذا لم يكن له بينة لم يكن عليه حلف وإنما الحلف للشريك.

وما ذكره الشرائع تبعه عليه القواعد والتحرير وغيرهما.

((صور المسألة أربع وعشرون))

وقد ذكر في المسالك أن صور المسألة أربع وعشرون، وتبعه على ذلك مفتاح الكرامة والجواهر قال: (فإن لم يكن لهما بينة فالقول قول مدعي الوديعة، لأصالة عدم الشفعة واعترافه بعدم الملك، وإن أقام بينة فلا إشكال في قبولها لأنه خارج، وإن أقاما معاً بيّنة بأن أقام المدعي بينة بالشراء، والمدعى عليه بينة بالإيداع فلا يخلو إما أن تكونا مطلقتين، أو مؤرختين، أو إحداهما مطلقة والأخرى مؤرخة، إما بينة الإيداع أو بينة الابتياع، فالصور أربع.

وعلى تقدير التاريخ، إمّا أن يتحدا في وقت واحد، أو يتقدم تاريخ الابتياع أو تاريخ الإيداع، فصارت الصور ستاً.

ثم على جميع التقادير، إما أن يتعرض كل واحدة من البينتين إلى الملك للبائع والمودع، بأن يقول بينة الشفيع: إن البائع باع ما هو ملكه، وبيّنة الإيداع: إنه أودع ما هو ملكه، أو لا يذكرا ذلك، أو يذكر أحدهما دون الآخر، أو يذكر إحداهما دون الأخرى، فالصور أربع أيضاً مضروبة في الست السابقة، والمرتفع وهو أربع وعشرون صورة، هي أقسام المسألة) انتهى.

ومقتضى القاعدة أنه مع عدم التنافي بين البينتين كصورة إطلاقهما، أو تقديم بينة الإيداع في التاريخ على بينة الابتياع، أو كانت بينة الإيداع مطلقة، وبينة الابتياع مؤرخة، أخذ بكلتا البينتين.

أما مع التنافي بينهما، فإنه يؤخذ ببينة الشفيع لما عرفت من أنه المدعي الذي يؤخذ ببينته، والآخر المنكر، كما أن الحلف إنما يكون فيما إذا تحالفا، وكانت المنافاة بينهما للمنكر.

أما ما ذكره المسالك من قوله: (لا منافاة ــ مع سبق تاريخ الابتياع ــ أيضاً لاحتمال أن البائع غصبه بعد البيع ثم رده إليه بلفظ الإيداع، فاعتمده الشهود، وهذا وإن كان خلاف الظاهر والمعروف من معنى الإيداع إلاّ أن بناء ملك الإيداع على ظاهر الأمر، وعقده على التساهل، ومن ثم اكتفى فيه بالفعل فسهل الخطب فيه)[1]. وقد تبع في ذلك التذكرة على المحكي عنه.

ففيه: ما ذكره الجواهر (بعدم صلاحية مثل ذلك للجمع بين البينتين، وإلاّ فمثله يأتي في بينة الابتياع، نعم يمكن فرضه بإمكان شرائه منه بعد بيعه له ثم إيداعه له)[2] انتهى.

والحاصل: إنه قد ينقلب المدعي منكراً، والمنكر مدعياً في جهة أخرى، مثلاً لو قال بينة الإيداع: أودع الجمعة، وبينة الشفيع: باع الخميس، فإن ادعى الشفيع أن الإيداع كان صورياً وأقام بينة حكم له، وكذلك إذا ادعى أنه اشتراه من الشريك بعد البيع، ثم أودعه وأقام بينة، إلى غير ذلك من صور الانقلاب.

ومنه يعلم وجه النظر في دعوى عدم التنافي فيما لو اتحد التاريخان على وجه لا يمكن الجمع بينهما، بأن قالت إحداهما بعد الزوال بلا فصل أودعه، والأخرى باعه منه، ولذا قال في الجواهر: بأنه مشكل لضرورة وضوح التنافي، سواء تعرض فيهما لكونه أودع ملكه، أو باعه، أو لم يتعرض فيهما، أو تعرض في إحداهما دون الأخرى، فحيث يحصل التنافي يقدم بينة الشفيع لكونه مدعياً.

أما ما حكي عن الدروس من القرعة في هذا الفرض، فقد عرفت سابقاً

---

(١) مسالك الأفهام: ج١٢ ص٣٨٣.

(٢) جواهر الكلام: ج٣٧ ص٤٦٧.

في مثله أنه غير ظاهر الوجه، إذ لا مجال للقرعة بعد كونه غير مشكل الموجب لانتفاء موضوع القرعة، فإن الشارع جعل «البينة على المدعي واليمين على من أنكر»، وإلا فإن حكمنا بالقرعة في أمثال المقام لم يكن مورد لقاعدة (البينة والحلف) كما هو واضح.

ثم إنه مما تقدم من تقدم بينة الشفيع إلاّ أن ينقلب المنكر مدعياً فتقدم بينته، يظهر وجه النظر في استثناء الشيخ في محكي المبسوط والفاضل والشهيد في محكي التذكرة والدروس لصورة واحدة من الصور المتقدمة، وهو ما ذكره الشرائع متردداً حيث لم يفت فيه بشيء، بقوله: (ولو شهدت بالابتياع مطلقاً وشهدت الأخرى أن المودع أودعه ما هو ملكه في تاريخ متأخر، قال الشيخ: قدمت بينة الإيداع لأنها انفردت بالملك، ويكاتب المودع فإن صدق قضي ببينته وسقطت الشفعة، وإن أنكر قضي ببينة الشفيع، ولوشهدت بينة الشفيع أن البائع باع وهو ملكه، وشهدت بينة الإيداع مطلقة قضي ببينة الشفيع و لم يراسل المودع لأنه لا معنى للمراسلة هنا) انتهى.

إذ لا يخفى أن لهذا صوراً، وعدم استقامتها صورتين، مثلاً شهادة البينة الأخرى بأن المودع أودعه ما هو ملكه في تاريخ متأخر ليست صورة واحدة، فإنه قد تشهد البينة أن المودع أودعه ما هو ملكه بالاستصحاب، وقد تشهد بأن المودع أودعه ما هو ملكه بالقطع، بأن قالا: إنا نعلم أنه لم يبع و لم يهب وما أشبه ذلك لأنا كنا معه، ومن الواضح اختلاف الصورتين.

كما أن قوله: (لو شهدت بينة الشفيع أن البائع باع وهو ملكه) أيضاً يختلف صورتاه بأن قالت البينة: إنه ملكه بالاستصحاب، أو قالت البينة: بأنا نعلم أنه ملكه لأنه لم يحدث فيه شيئاً.

كما أن الكتابة إلى المودع من باب المثال، وإلاّ فقد يكون المودع حاضراً على أنه

لا ينحصر الأمر بعد مكاتبة المودع في أن يصدق أو أن ينكر، لأن هناك صورة ما إذا قال إنه نسي أو ما أشبه ذلك، أو لم يكن المكاتبة للمودع مثلاً، إلى غير ذلك من الصور، وبالجملة فالمدار في الصور كلها على عدم التنافي أو الرجحان كما ذكره الجواهر، وإن كانت كلماتهم محتاجة إلى التأمل.

((فروع))

ومما تقدم يظهر حال ما إذا قال الشفيع: صح أن شريكي أودع لكن الشريك لم يكن يعلم أنه باعه قبل ذلك لنسيان، أو أن وكيله باعه، أو ما أشبه، فإن أثبت لم ينفع تأخر بينة الإيداع عن بينة البيع للشريك كما هو واضح.

ولو ادعى الشفيع أنه كان له شريك واحد فباعه من المشتري فله الشفعة عليه، وقال المشتري: بل كان له شريكان، قدمت بينة المشتري لأنه مدع لشريك آخر والشفيع منكر له، فإذا لم يكن له بينة حلف الشفيع وأخذ بالشفعة.

ثم إنه لو انعكس الفرض الذي ذكروه بأن قال الشريك: ابتياع، والشفيع: إيداع، لم يأخذ بالشفعة كما هو واضح، وهذا لا كلام فيه، وإنما الكلام فيما إذا مات الشفيع وورثه من يكذب مورثه قائلاً: إنه ابتياع، حق له الأخذ، فإن إقرار مورثه على نفسه لا على الوارث، فتأمل.

ومنه يعلم حال ما إذا كذب وارث الشريك مورثه، فقال: بأنه إيداع، حيث لم يؤثر إقرار مورثه عليه.

كما يعلم منهما الحال في الولي والمولى عليه إذا خرج عن القصور، أو صار الكامل مولى عليه، وحال الوكيل والموكل.

((إذا اختلف المتبايعان مع الشفيع))

(**مسألة ٥**): قال في الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: (إذا تصادق البائع والمشتري أن الثمن المعين غصب، وأنكر الشفيع فالقول قوله، لأن إقرارهما إنما هو في حقهما فيجب رد الثمن على المقر له، ولا يملك المشتري نماء الشقص المتخلل بين الشراء والشفعة دونه، فيستصحب بقاء حقه الثابت بالاتفاق الأول، ويأخذ بالشفعة مع كون الدرك على المشتري، بل لا يمين لهما عليه بعد إقرارهما السابق، إلاّ أن يدعي عليه العلم فيحلف على نفيه، كل ذلك لا أجد فيه خلافاً بين من تعرض له كالشيخ والفاضل والكركي وثاني الشهيدين، لكن لم يتعرضوا لحكم الثمن) انتهى.

أقول: يمكن المناقشة في الإطلاق المذكور.

والتفصيل في الحكم بأنهما لو قالا: أوقعنا بيعاً فاسداً، فلا بيع، لا حق للشفيع بقوله بصحة البيع إلاّ بالبينة، لأنه لم يكن هناك اعتراف بالبيع حتى يكون حقاً للشفيع، أما إذا أقام الشفيع البينة فإنه يأخذ بها لعموم حجيتها.

وبين ما لو ادعيا البيع أولاً وبعد ذلك قالا: بأنه فاسد، فإنه لا يقبل ما ادعياه بعد اعترافهما بالبيع الصحيح، فإنه بعد اعترافهما بالبيع الصحيح يثبت حق الشفيع، وإنما يكون إقرارهما بالفساد بعد ذلك في حق أنفسها لا غيرهما، فهو كما لو ادعياه أولاً ثم قالا: إن أحدهما كان طفلاً أو مجنوناً مثلاً، إلى غير ذلك مما يكون موجباً للفساد، فإن قولهما الثاني لا ينفي قولهما الأول بالصحة بالنسبة إلى الشفيع الذي بمجرد اعترافهما بالصحة ثبت حقه.

ومنه يعلم احتياج الشفيع إلى البينة فيما لو قالا من أول الأمر: إن أحدنا كان طفلاً أو مجنوناً أو محجوراً عليه أو ما أشبه ذلك مما يكون مجموع الكلام موجباً لفساد البيع وعدم وقوعه، فإنه لو أقام الشفيع البينة على كذب أن

البائع أو المشتري كان طفلاً أو مجنوناً أو ما أشبه، حق له الأخذ بالشفعة وإلاّ فلا.

ثم في المقام الذي قلنا بالشفعة وهما ينكران المعاملة الصحيحة يلزم على الشفيع أن يدفع الثمن إلى الشريك، لا إلى المشتري، إذ لا وجه لدفعه إلى المشتري بعد قوله: بأنه لم يكن بيع، وإنما يدفعه إلى الشريك، لأن الشريك هو المالك للثمن حالاً حسب زعم الشفيع أن الملك خرج عن ملكه و لم يدخل الثمن من المشتري في كيسه، والشريك إنما يأخذ الثمن مقاصة لأنه معترف بأنه لا بيع.

ومنه يعرف أن قول المسالك: (فيبقى حكم الثمن الذي يعترف به الشفيع، فإن المشتري يزعم أنه لا يستحقه لفساد الشراء وكذلك البائع، فطريق التخلص منه أن يأخذه المشتري ويدفعه إلى البائع ليأخذه مقاصة عن قيمة الشقص لزعمهما أنه غير مستحق لأخذه، فإن بقي من الثمن بقية عن القيمة فهي مال لا يدعيه أحد ومحلها الحاكم) انتهى.

محل نظر، ولعله لذلك قال في الجواهر: (إن كلام المسالك جيد مع رضا المشتري الذي لا يستحق المطالبة بالقبض)[1].

وأما أن الزيادة التي قالها المسالك فالظاهر أنه يقسم بينهما نصفين لأنه بينهما، فهو كما إذا علم الحاكم أن زيداً أو عمرواً يملك هذا الدينار، وكل منهما يتبرؤ منه لاعتقاده أنه ليس له، فإنه يقسمه بينهما نصفين لقاعدة العدل المقدمة على القرعة كما ذكرناه مكرراً، أما أن يأخذه الحاكم ويدعه في بيت المال فغير ظاهر الوجه، إذ لا شأن لبيت المال في الأملاك الشخصية، سواء كانت محلاً للعلم التفصيلي أو للعلم الإجمالي.

أما إذا كانت القيمة أقل من الثمن، فإن الشريك لا يتمكن من أخذ الزيادة لأنه بعد أن صار القول قول الشفيع ينفذ ما يراه.

(١) جواهر الكلام: ج٣٧ ص٤٧٠.

نعم الظاهر أن للشريك أن يأخذ التفاوت من مال الشفيع تقاصاً« إذا تمكن من ذلك و لم يكن في المقام حلف يسقط الحق، كما قرر في كتاب الشهادات من أنه إذا حلف من عليه الحلف لا يتمكن طرفه من التقاص، وإن كان حقه ثابتاً واقعاً على ما ذكره المشهور.

ثم إن الجواهر قال: (ولو أقر الشفيع والمشتري خاصة لم تثبت الشفعة لفساد البيع في حقهما دون البائع، وعلى المشتري رد قيمة الثمن أو مثله إلى صاحبه الذي حال بينه وبينه، ولو أقر الشفيع والبائع خاصة رد البائع الثمن على المالك لنفوذ إقراره فيه، وليس له مطالبة المشتري بالشقص لأنه إقرار في حق الغير ولا شفعة بعد اعتراف الشفيع بفساد البيع).

أقول: يأتي في هاتين المسألتين ما ذكرناه من التفصيل في مسألة تصادق البائع والمشتري أن الثمن غصب، حيث تقدم الإشكال في إطلاق الشرائع وغيره.

ثم إن مما تقدم يعلم حكم الإقرار من اثنين بأن بعض الثمن غصب، أو حكمهم جميعاً بالصحة، إلاّ أن الوارث أو الولي أو الوكيل أو الموكل أو الوصي أومن أشبههم قال بالغصبية كلاً أو بعضاً، لوحدة الملاك في الجميع.

كما أن منه يعلم حال ما إذا اختلف الورثة أو الوكيلان أو الوصيان أو ما أشبه في أنه غصب أو لا، حيث يعمل كل حسب نظره.

((**تحديد الشقص وتحرير الدعوى**))

(**مسألة ٦**): قال في القواعد: (ويطالب مدعي الشفعة بالتحرير بأن يحدد مكان الشقص، ويذكر قدره وكمية الثمن).

ونحوه حكي عن التذكرة والتحرير والدروس وغيرهم، وحكي عن الشهيد من إملاء العلامة أنه لا يراد بالتحديد التحديد المعروف، بل يذكر ما يميزه من غيره.

وكأنه لذا قال في جامع المقاصد: (لابد من مطالبة مدعي الشفعة بتحرير الدعوى، فإن الدعوى غير المحررة لا تسمع، وتحريرها بأن يحدد مكان الشقص وأن يذكر ما يميزه عن غيره، سواء كان بذكر حدوده أم لا، فليس المراد بتحديده ذكر الحدود، لأن شهرته باسم أو صفة قد تكون أظهر في تمييزه من أن يحتاج إلى التحديد، وإنما قال: يحدد مكان الشقص، لأن الشقص شائع، فلا يمكن تحديده إلاّ بتحديد المجموع، وإنما اشترط التمييز لأن الدعوى بالشيء الغائب عن مجلس الحكم لابد من تمييزه من غيره، وإلاّ لم تسمع الدعوى لتعذر الحكم، ولابد من أن يذكر قدر الشقص، لأن ذلك من جملة التمييز، ولابد من ذكر كمية الثمن لتعذر الشفعة من دون معرفة الثمن) انتهى.

لكن الظاهر أن المراد تحرير الدعوى بحيث تكون مسموعة، ومن الواضح أن الدعوى المجملة أيضاً مسموعة، فيقول الشفيع: إني أعلم أن شريكي في أحد الأملاك باع حصته من إنسان لا أعلم ذلك الإنسان من هو، ولا أعلم ذلك الملك ما هو، بل قد يقول: إني أعلم أن أحد شركائي في بعض أملاكي باع حصته من إنسان، ولا أعلم من هو ذلك الشريك، وما هو ذلك المبيع، ومن هو ذلك المشتري، فإن له الدعوى بمثل ذلك، ويحضر الشركاء المحتملين والمشترين المحتملين مثلاً عند الحاكم لتحرير الموضوع.

وكأنه لذا قال في مفتاح الكرامة في الإشكال على من تقدم أسماؤهم:

(المراد بتحرير الدعوى أن تكون مسموعة بأن تكون صحيحة لازمة، كما صرحوا به في باب القضاء، وأخرجوا من ذلك ما لو ادعى الشفعة على الجار، أو مع تكثر الشركاء، أو أنه وهبه و لم يقبضه، فإنها لم تسمع، فيكفي في تحرير دفع الشفعة أن يقول: إن هذا قد اشترى شقصاً أو نصفاً من الدار المعلومة عندنا المشتركة بيني وبين أخيه بمائة درهم، فيقول المدعى عليه: لم أشتره وإنما اتهبته مثلاً، أو ورثته من أخي أو أودعنيه أو أعارنيه أو أسقط الشفعة ببعض مسقطاتها أو نحو ذلك، ولا يشترط أكثر من ذلك ككونه في المكان الفلاني، أو كونه مشهوراً باسم أو صفة ومعرفة مقدار الشقص، ولذا لم يذكره الأكثر، نعم لو قال: بثمن لم نعلمه أو شقص من دار من دور مشتركة لم نعلمها، لم تسمع وإن استخرج هذا الشقص بالقرعة) انتهى.

لكن فيه ما عرفت من أنه لا يلزم الخصوصية، إذ لا دليل على ذلك، وإنما الاعتبار بسماع الدعوى شرعاً، وسماع الدعوى أعم مما ذكره أخيراً بقوله: (نعم)، بل ربما كان الشفيع مجهولاً أيضاً بأن يعلم زيد أو عمرو أن أحدهما شفيع له الحق في الأخذ بالشفعة فيذهبان إلى الحاكم ويقولان له ذلك ويطلبان من الشركاء والمشترين التعيين، وعليه فيمكن أن يكون كل من الخمسة من الشفيع والبائع والمشتري والثمن والمثمن مجهولاً ومردداً، بالعلم الإجمالي، أو بين الأقل والأكثر مثلاً، فإنه إذا كانت الدعوى تسمع فإن الدعوى المجملة أيضاً مسموعة، كما ذكرناه في كتاب القضاء.

ومنه يعلم وجه النظر في قول مفتاح الكرامة أخيراً: (إن المشهور بين المتأخرين سماع الدعوى بالشيء المجهول كالثوب والفرس والشيء والمال، فإطلاق كلامهم غير جيد، وإن كان من المعلوم أن الثمن والشقص إذا كانا هنا

مجهولين فلا شفعة) انتهى.

إذ ليس ذلك معلوماً، بل المعلوم عدمه إلاّ في بعض الموارد، كما ذكرناه سابقاً، فإن أدلة الشفعة تشمل المعلوم والمجهول، وإنما الخارج يحتاج إلى الدليل.

ثم إن القواعد قال: (فإن قال الخصم: اشتريته لفلان، سئل، فإن صدق ثبتت الشفعة عليه)، ومراده بالخصم من في يده الشقص، وقد نقل مفتاح الكرامة هذا القول عن التحرير والتذكرة والدروس وجامع المقاصد، وقال في الأخير: إن المسألة من شبه ما إذا ادعى الشريك بالشفعة على من بيده الشقص فتارة أجاب بكونه وارثاً، وتارة بكونه مستودعاً، وهنا أجاب بكونه اشتراه لغيره.

وأما مراد القواعد وغيره من العبارة المتقدمة ما إذا كان الفلان المنسوب إليه المال حاضراً بقرينة قوله بعد ذلك: (وإن كان المنسوب إليه غائباً انتزعه الحاكم ودفعه إلى الشفيع إلى أن يحضر الغائب، ويكون على حجته إذا قدم).

وقال في مفتاح الكرامة: كما في التذكرة والتحرير والدروس وجامع المقاصد، ووجهه في التذكرة بأن في التأخير إسقاط الشفعة، إذ كل مشتر يلتجئ إلى دعوى الشراء للغائب وبأن الغائب إما مصدق أو مكذب، وعلى التقديرين يستحق الشفيع الشفعة إما عليه أو على الحاضر.

وأضاف في جامع المقاصد أن الانتظار إلى أن يراسل الغائب فيه تأخير لحقه المقتضي للضرر بخلاف الحاضر.

وفي قبال ذلك احتمل في التحرير عدم الأخذ إلى أن يحضر الغائب، والمراد بكون الغائب على حجته أنه لا يحكم عليه بالشفعة

بحيث لا تسمع حجته بعد ذلك، بل إنه إن كان مصدقاً نفذ الأخذ، وإن كان مكذباً فقال: هو ملكي لم أشتره، فالخصومة معه، كما في مفتاح الكرامة وغيره.

هذا ولكن في الجواهر أشكل على الفرع الأول قائلاً: (قد يناقش في اعتبار السؤال، بناءً على عدم اعتبار دفع الثمن في الملك، أو اعتباره وقلنا بقيام الحاكم بإطلاق ما دل على ثبوهما ببيع الشريك ونفوذ إقراره بالشراء له في حقه بالنسبة للشفيع، ولا يسقط دعوى كونه للغير، وربما يرشد إلى ذلك ما عن التذكرة والتحرير والدروس من الجزم بالحكم بها عليه لو كذبه الخصم، وفي جامع المقاصد ومحكي الإيضاح: إنه الأقرب)[1].

أقول: قد يقول من بيده الشقص: إني اشتريته لفلان فضولة، فلا شفعة، وكذلك إذا أطلق بما يحتمل الفضولي، إذ الشفعة فرع الملك و لم يحصل الملك.

نعم إن أخذ بالشفعة وتبين الفضولية وقلنا: بأن الفضولي بعد الإجازة يكون كاشفاً حقيقةً أو حكماً عن السبق، صح أخذه بالشفعة قبل الإجازة.

كما أنه إذا لم يقبل الذي اشترى له وقبل الفضول أن يكون الملك له، وقلنا بصحة ذلك صحت الشفعة أيضاً على القول بالكشف الحقيقي أو الحكمي.

وإذا لم يقبل الذي اشتري له و لم يقبل الفضول فيما قلنا بصحة النقل إلى نفسه تبين بطلان الشفعة.

أما إذا قال: اشتريته له وكالةً أو ولايةً أو هبةً بأن اشتريته لنفسي ووهبته لذلك، فمقتضى القاعدة أن في الثالث يكون له الشفعة، إذ الهبة واردة على البيع، والشفعة قبل الهبة كما تقدم، وإنما الكلام في الوكالة والولاية، والظاهر أن للشريك الأخذ بالشفعة فيهما إذا كانتا واقعاً، وليس له الأخذ إذا لم تكونا واقعاً، سواء كان الطرف حاضراً أو غائباً، وسواء سئل أو لم يسأل، والسؤال ونحوه إنما هو لعالم الإثبات، وعالم الإثبات يثبت بموازينه

---

(١) جواهر الكلام: ج٣٧ ص٤٧١.

من الشهادة ونحوها، ولا وجه لتأخير الشفعة بعد إطلاق أدلتها الشاملة للمقام.

أما إن قال المنسوب إليه الاشتراء له: هو ملكي لم أشتره، أو قال: إنه موهوب له، أو أخذه تقاصاً أوما أشبه، صارت الحكومة بين الشفيع ومن نسب إليه الشراء، فيكون الشفيع مدعياً وذلك منكراً على ما تقدم.

قال في القواعد: (وإن قال: هو ملكي لم أشتره، انتقلت الحكومة إليه).

وفي مفتاح الكرامة كما في التحرير والدروس وجامع المقاصد قال: (لأن يد الأول فرع يده، وإقرار الأول لا ينفذ عليه، لأنه إقرار على الغير، فحينئذ يسعى الشريك في الإثبات إن أمكنه).

وفي القواعد: وإن كذبه، أي المنسوب إليه الشراء له، حكم بالشفعة على الخصم على إشكال.

وفي مفتاح الكرامة: أقر به الحكم بالشفعة كما في الإيضاح وجامع المقاصد، وبه جزم في التذكرة والتحرير والدروس لاعترافه بالشراء الموجب للشفعة، وقد اندفع إقراره به للغير بتكذيبه، أما وجه الإشكال فهو ما ذكره في الإيضاح وجامع المقاصد أنه نفي الملك عن نفسه.

أقول: إذا علمنا أنه اشتراه للغير، سواء كان الغير المنسوب إليه أو إنسان آخر، وإنما اشتبه أو نسي أو كذب في نسبته إلى المنسوب إليه دون المشتري له واقعاً، مثلاً اشتراه لزيد ونسبه لعمرو، فلا ينبغي الإشكال في ثبوت الشفعة لإطلاق الأدلة، وإنما يكون المأخوذ منه الملك المشترى له واقعاً هو بنفسه أو من نسب إليه أو الغير المشترى له واقعاً.

أما إذا لم يعلم أنه اشترى أصلا، لاحتمال الهبة أو الإرث أو ما أشبه، فالظاهر أنه يؤخذ بإقراره أنه ملك للغير بالاشتراء، لأنه ذو اليد، وذو اليد قوله حجة،

وكونه إقراراً بحق الغير لا يسقط حجية يده في اعترافه بالاشتراء للغير، فإنه لا ينبغي الإشكال أنه إن قال: اشتريته لفلان وهو غصب في يدي الآن لأن المالك طالبه فلم أدفع إليه، أو قال: إن غيري اشتراه وإني اغتصبته منه مثلاً لم يحق للشفيع دفع الثمن إليه، لأن الغاصب لا يعطى له مال الغير.

وإن علم الشفيع بأنه ولي أو وكيل دفع الثمن إليه لولايته في ذلك، أما إذا لم يعلم هل أنه غاصب أو ولي ووكيل ونحوهما، فالظاهر أن قوله حجة، لأنه ذو اليد.

ثم إن المحكي عن جامع المقاصد والإيضاح أن الثمن يدفع للحاكم إلى أن يظهر مالكه، وعن حواشي الشهيد أنه يبقى في يد الشفيع إلى أن يدعيه المقر له، أويدفع إلى الحاكم إلى أن يدعيه المقر الذي هو الخصم.

وأشكل على ذلك الجواهر قال: (قد يشكل ذلك من أصله، بناءً على اعتبار دفع الثمن للمشتري في تملك الشقص وهو غير متحقق هنا، لنفي المقر له بالتكذيب والمقر بالإقرار، وقيام الحاكم مقام المشتري في ذلك لا دليل عليه، نعم لو قلنا بالملك بالأخذ، يتجه ذلك ويكون حكمه كالمال المقر به لزيد وهو ينفيه) انتهى.

وما ذكره لا بأس به، لكنك قد عرفت سابقاً أن المال إذا كان مردداً بينهما يكون بينهما على قاعدة العدل، ولا يبقى بيد الحاكم ولا يصرف إلى بيت المال وما أشبه.

وفي مفتاح الكرامة بعد نقله عن الإيضاح وجامع المقاصد ما تقدم من الدفع إلى الحاكم، قال: (قلت: لأنه ولي الغائب والمتولي لحفظ المال الضائع

والمجهول المالك وهذا في حكمهما، لكنه في إقرار الكتاب والتذكرة خير في مثله بين تركه في يد المقر أو القاضي) انتهى.

وكيف كان، ففي القواعد بعد ما تقدم: وإن قال: اشتريته للطفل وله عليه ولاية، احتمل ثبوت الشفعة، لأنه يملك الشراء له فيملك إقراره فيه، والعدم لثبوت الملك للطفل والشفعة إيجاب حق في مال الصغير بإقرار وليه.

وفي مفتاح الكرامة: ثبوت الشفعة خيرة التذكرة والحواشي والدروس وجامع المقاصد مستنداً في التذكرة والتحرير إلى التعليل المذكور، ثم نقل عن التحرير أنه قرر العدم، والظاهر هو ما ذكره أولاً لأنه مال في يده وإقراره نافذ لأنه ذو اليد، ولذا رد التحرير في محكي جامع المقاصد بأنا لا نسلم أنه إقرار على الطفل، بل هو إقرار على ما في يده.

ومنه يعلم حال ما إذا كان ولياً على المجنون، لاستواء الحكم فيهما.

ثم إنه قد تقدم في عبارة القواعد: (وله عليه ولاية) والظاهر أنه غير محتاج إليه، لأن المال إذا كان في يده وهو يدعي الولاية على الطفل صح إقراره بالنسبة إلى المال لكونه ذا اليد، فإذا لم نعلم هل أنه ولي أو ليس بولي، نأخذ بإقراره في أن له التصرف في المال، وكذلك إذا كان المال في يده وادعى أنه وكيل أو قيم أو ما أشبه.

ثم إن القواعد قال: (وإن اعترف بعد إقراره بالملكية للغائب أو للطفل بالشراء لم تثبت الشفعة).

وفي مفتاح الكرامة: (لو اعترف المدعى عليه بالشفعة بالشراء ــ فهو في العبارة صلة اعترف ــ بعد إقراره بكونه مملوكاً للغائب أو للطفل، بأن قال: هذا ليس ملكاً لي، بل ملك لفلان الغائب أو المحجور، وقد اشتريته له لم تثبت الشفعة، لأن إقراره بالشراء له بعد إقراره بالملك له إقرار في حق الغير، بخلاف

ما إذا أقر بالشراء ابتداءً، لأن الملك ثبت لهما بذلك الإقرار فيثبت جميعه، كما ذكر ذلك في التذكرة وجامع المقاصد، وهو الذي فرض المسألة فيه في الدروس) [1].

أقول: لا ينبغي الإشكال في عدم الفرق بين المسألتين في صحة الإقرار والأخذ بالشفعة إذا ثبتت ولايته ووكالته، إذ لا وجه لعدم الأخذ بقوله، سواء قدم إقراره بالملكية أو إقراره بالشراء و لم يظهر فارق بما ذكروه.

بل وينبغي أن يكون كذلك في عدم الفرق إذا لم تثبت ولايته أو وكالته، لأن قول ذي اليد حجة وهو ذو اليد، فتخصيص مفتاح الكرامة الإشكال بما إذا كان ولياً للطفل غير ظاهر الوجه.

كما أن الجواهر أيضاً تبعهم فقال: (ولو أقر بالشراء بعد أن اعترف أنه ملك لغيره لم يسمع لكونه إقراراً بإثبات حق الشفعة على مال الغير، بل لعله كذلك في المولى عليه، بناءً على عدم نفوذ إقراره عليه، وهو بخلاف ما لو أقر بالشراء ابتداءً، فإن الملك ثبت له به فيتبعه الحق فيه) [2]، فتأمل.

ثم إن ما تقدم من المسائل لا فرق فيها بين أن يكون الذي بيده الشقص بعنوان الشفيع مالكاً للشقص الذي في يده فيأخذ بالشفعة أو ولياً ووكيلاً ونحوهما، لوحدة الملاك في الجميع، والله سبحانه العالم.

---

(١) مفتاح الكرامة: ج١٨ ص٧٧٧ ــ ٧٧٨.

(٢) جواهر الكلام: ج٣٧ ص٤٧٣.

((**لو أنكر المشتري ملكية الشفيع**))

(**مسألة ٦**): قال في القواعد: (ولو أنكر المشتري ملكية الشفيع افتقر إلى البينة، وفي القضاء له باليد إشكال).

وفي مفتاح الكرامة: يريد أنه هل يقتضي للشفيع باليد لو كان صاحب يد أم لا، ولم يرجح المصنف هنا ولا ولده في الإيضاح، وجزم في التحرير بأنه لا يكتفي باليد وأنه يفتقر إلى البينة، وجزم في التذكرة بأنه يقضي له بها، وفي الدروس إنه الأولى، وفي جامع المقاصد إنه الأصح، وحكاه في الحواشي عن ابن المتوج.

أقول: مقتضى القاعدة القضاء باليد كالقضاء بالبينة لأنهما حجتان شرعاً، بل اللازم القضاء بما إذا كان مدعياً للملكية ولم يكن له منازع، كما ذكروا في باب مثبتات الملك، وإن لم يكن له يد.

أما وجه عدم القضاء فهو ما احتمل في كلام القواعد من أن دلالة اليد على الملك ضعيفة، فيقتصر فيها على عدم الانتزاع منه في الدعوى، وعدم الاحتياج إلى البينة دون استحقاق انتزاع ملك الغير قهراً الذي هو يخالف الأصل.

ومن الواضح أن هذا الدليل ضعيف، ولذا قال في الجواهر: (إلاّ أن ذلك كله كما ترى، نعم قد يقال: إن له اليمين عليه وإن اقتصر على نفيه عنه من دون دعواه له) وهو كما ذكره الجواهر، إذ المدعي إذا لم تكن له البينة أو حجة شرعية أخرى كان على المنكر الحلف، ولا دليل على أن اليد تقاوم الحلف حتى لا يحتاج إليه.

قال في مفتاح الكرامة: (وهل للمشتري إحلافه، قال في جامع المقاصد: نعم، أما إذا ادعى المشتري أن ما بيد الشفيع ملك له فظاهر، وأما إذا لم يدع

الملك لنفسه وإنما اقتصر على نفيه عن الشفيع فلإجرائه مجرى المدّعي) انتهى.

أقول: وما ذكره غير حاصر، لأنه قد يدعي المشتري أنه وقف أو ملك لثالث أو غير ذلك من الوجوه التي لا تكون الشفعة معها، وكأن مراده المثال.

((لو ادعى على أحد الورثة العفو))

(**مسألة ٧**): قال في القواعد: (ولو ادعى على أحد وارثي الشفعة العفو فشهد له الآخر لم تقبل، وإن عفى وأعاد الشهادة لم تقبل، لأنها ردت للتهمة، ولو شهد ابتداءً بعد العفو قبلت.

وفي مفتاح الكرامة في الفرع الأول: (كما في التحرير وجامع المقاصد، وهو قضية كلام المبسوط والتذكرة والدروس في مسألة الكثرة، لأن ذلك يجر إليه نفعاً، لأنه يستحق الأخذ للجميع إذا ثبت ذلك فيصير مدعياً، وينبغي أن يقيدوه بما إذا لم يكن عاجزاً لعدم التهمة حينئذ، والضمير في ادعى راجع إلى المشتري).

وقال في الفرع الثاني: (كما في التحرير والدروس وجامع المقاصد، وهو قضية كلام المبسوط والتذكرة لأنها ردت للتهمة فيستصحب، فكان كالفاسق إذا ردت شهادته ثم تاب وأعادها) انتهى.

أقول: إنما ترد شهادة أحد وارثي الشفعة على الآخر بالعفو لما تقدم في كلامهم من رجوع حصّة العافي إلى الشاهد كما في الجواهر، وللتعليلين المذكورين في كلام مفتاح الكرامة وغيره، لكن الكل كما ترى، فإن إطلاق أدلة الشهادة شاملة للمقام، وقد تقدم الإشكال في كلامهم أن حصة العافي ترجع إلى غيره، فإن أحد الورثة لو أعرض عن حقه يكون كسائر المباحات الأصلية، لا أنها ترجع إلى سائر الورثة، وقد ذكرنا تفصيل ذلك في كتاب الإرث، ولا دليل على رد الشهادة في مطلق جر النفع التهمة كما ذكرنا تفصيله في كتاب الشهادات، فمقتضى القاعدة قبول شهادته.

ثم إنه لو عفا نفس الشفيع عن بعض الشفعة له الحق في الأخذ بالبعض الآخر، لكن يلزم تبعض الصفقة، فللمشتري الرد أو القبول، إذ قد سبق أن مقتضى

القاعدة الاخذ ببعض الحق.

ثم لو ادعى عليهما معاً مثلاً العفو، فإن حلفا على العدم كان لهما الشفعة، وإن نكلا عن الحلف فلا شفعة، وإن نكل أحدهما وحلف الآخر فعلى قولنا كان للمشتري الحق في إبطال شفعة الحالف، لأنه من تبعض الصفقة عليه.

ومنه يعلم وجه النظر في كلام الجواهر حيث قال: (ولو نكل أحدهما فإن صدق الحالف الناكل فالشفعة لهما بالحلف والتصديق ودرك ما يأخذه الناكل على المشتري لترتب يده على يده، وإن كان السبب اعتراف الشريك الآخر).

أما الفرع الثاني المتقدم عن القواعد: بأنه إن عفا وأعاد الشهادة لم تقبل مستنداً إلى الاستصحاب، كما عرفت في كلام مفتاح الكرامة، ففيه نظر، إذ الاستصحاب غير جار بعد تبدل الموضوع، فمقتضى القاعدة القبول حتى على مبناهم، ولذا قال في الجواهر بعد ذكر الاستصحاب: (إنه لا يخلو من إشكال).

ومما ذكرنا يعرف وجه النظر في قول الجواهر بعد ذلك حيث قال: (لو اعترف أحد الوارثين ببطلان الشراء فالشفعة بأجمعها للآخر المعترف بالصحة، وكذا لو اعترف بالإرث أو الاتهاب دون الآخر بعد ثبوت الشراء).

((إذا شهد أجنبي بعفو أحدهما))

ثم قال في القواعد: (وإن شهد أجنبي بعفو أحدهما، فإن حلف بعد عفو الآخر بطلت الشفعة، وإلا أخذ الآخر الجميع).

وقال في مفتاح الكرامة: (كما في المبسوط والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد، ومعناه أنه إن شهد أجنبي عن الشفعة بعفو أحدهما فلابد مع شهادته من اليمين، فإن حلف المشتري مع شاهده بعد عفو الآخر بطلت الشفعة كلها، لمكان عفو أحدهما وثبوت عفو الآخر بالشاهد واليمين، وإن لم يعف حتى حلف

المشتري استحق الذي لم يعف جميع الشفعة، وهو قضية مفهوم الشرط في العبارة ونحوها).

أقول: قد عرفت وجه الإشكال في ذلك، بالإضافة إلى ما ذكره جامع المقاصد، وتبعه الجواهر حيث قال: (ولقائل أن يقول: لا فائدة في يمين المشتري هذه فلا يحلف، لأن الاستحقاق يرجع إلى الآخر، وإن لم يكن مانعاً لم يمنع هناك).

((لو أنكر المشتري شروط الشفعة))

ثم أنه لو أنكر المشتري وحدة الشفيع أو إسلامه أو بلوغه أو عقله، فلا يحق له الأخذ بالشفعة.

ففي الأول: إن كان الشفيع ذا يد على الكل كان الأصل معه، وإن لم يكن ذا يد على الكل لزم على الشفيع إثبات أنه مالك للكل.

وفي الثاني: إقرار الشفيع بالإسلام كاف، إلاّ أن يقيم المشتري البينة.

وفي الثالث: احتاج الشفيع إلى البينة على بلوغه.

وفي الرابع: احتاج المشتري إلى البينة، لأصالة العقل بخلاف البلوغ، حيث الأصل عدم البلوغ، ومرادنا بأصالة العقل أصل الصحة لا الاستصحاب، إذ الاستصحاب لا يتوفر في كل مكان، نعم إذا كان الاستصحاب عدم العقل لا يقاومه أصالة الصحة.

((فرع))

ثم الظاهر أنه لو شهد البائع بعفو الشفيع قبلت لإطلاق الأدلة، سواء كان قبل قبض الثمن أو بعده، وإن قطع في جامع المقاصد بعدم القبول، وحكي ذلك عن التذكرة والتحرير، بل هو ظاهر القواعد أيضاً، لأنه يجر إلى نفسه نفعاً إذا أفلس المشتري، فإنه يرجع إلى المبيع على تقدير عدم أخذ الشفيع إياه، ولذا أشكل عليهم في الجواهر حيث قال: (ولو شهد البائع بعفو الشفيع

بعد قبض الثمن قبلت، بل وقبله)[1]، لأنه لا يخفى عليك ما في كلامهم بعد الإحاطة بما ذكرناه هنا، وفي كتاب الشهادات، من عدم قدح مثل هذه التهمة في شهادة العدل، والله سبحانه العالم.

---

(١) جواهر الكلام: ج٣٧ ص٤٧٤.

فصل

نذكر في هذا الفصل بعض المسائل المتفرقة:

((الشفعة والورثة))

الأولى: قال المحقق القمي: (إذا كان دكان صغير بين رجلين ومات أحدهما من زوجة وبنت وباع الآخر شقصه من زيد، ومضى من ذلك مدة مديدة فمات البنت عن وراث صغار وكبار، والحال يريد الكبار من الوارث وقيم الصغار الأخذ بالشفعة متمسكين بأن مورثهم كان جاهلاً بثبوت حق الشفعة له أو بفوريته، فلهم ذلك إذا جهل المستحق بالحق أو بفوريته، وكذلك وارثه إن أخر الادعاء ويثبت الجهل في نفس الأمر إذا اعترف به المشتري. وأما لو وقع التداعي فيه، فالقول قول مدعيه إن لم يدع خلاف الظاهر، بأن يكون ظاهر حاله الصدق لعدم فطانته ومعرفته بالأحكام، فيعتضد بأصالة عدم العلم).

وهو كما ذكره لما تقدم من إرث الشفعة، إلاّ أن الظاهر الذي ذكره لا اعتبار به مقابل الأصل.

ولو اختلف الورثة فقال أحدهم: كان جاهلاً مثلاً، والآخر: كان عالماً، فلكل حكمه.

نعم يكون للمشتري خيار تبعض الصفقة، كما تقدم مثل ذلك، وقد سبق أن

القول بأنه لا تبعض في الشفعة غير تام، فإن مقتضى الأدلة صحة التبعض فيها، وإنما يكون للطرف خيار التبعض.

((لو مات الشفيع))

الثانية: لو مات الشفيع قبل أخذه بالشفعة فادعى وارثه أنه قال له الميت: أنت مختار في أخذه الشفعة وكالةً عني، لكنه كالميت كان جاهلاً بالفورية، فالظاهر أن له الأخذ إذا لم يسبب التأخير ضرراً على المشتري، ولو ادعى عليه العلم أقام البيّنة وإلاّ حلف الوارث على نفي علم مورثه، أو علمه بجهل مورثه بالفور، لأصالة بقاء الشفعة التابعة لأصالة عدم العلم من أحدهما بالفورية.

أما في صورة الضرر فقد تقدم أن «لا ضرر» محكم على دليل الشفعة، كما هو محكم على غيره من أدلة العناوين الأولية.

أما لو كان المورث عالماً بالشفعة، وقال للوارث: أنت مختار ووكيل عني في الأخذ بالشفعة والترك، فإن نافي ذلك الفورية فلا إشكال في عدم الشفعة، وإن لم يناف الفورية كان التأخير من الوكيل الوارث موجباً لسقوطها، إذ مآل ذلك إلى أن المورث مع علمه بالفورية لم يأخذ بها فوراً، فإنه لا فرق بين عدم أخذ نفسه وعدم أخذ وكيله.

((المال المقسوم وغيره))

الثالثة: سبق أنه لو كان شيء مقسوم يشتركان في النهر فباع أحدهما جميع ما له من النهر والمقسوم كان لشريكه الشفعة، وعليه يكون العكس كذلك بأن لم يكن المال مقسوماً، وإنما كان النهر مقسوماً فباعهما، فإنه يكون للشفيع الأخذ بالشفعة، لوحدة الملاك في المسألتين مما يفهم عدم الفرق بينهما في الحكم.

((لو أخذ بالشفعة وندم))

الرابعة: لو أخذ بالشفعة ثم قال: لا أريد، كان إقالة، فإن رضي المشتري فهو، وإلاّ لم يرجع إلى المشتري، لوضوح أن المال أصبح له، وإرادته بمجرده

لا توجب الفسخ، ولو أخذ بالشفعة لكن المشتري عصى و لم يعطه، ملك وكان غصباً في يد المشتري، ومهما تمكن هو أو وارثه من الأخذ حق لهم ذلك.

نعم إن يئس وردّ الشفعة وجعل ثمن الشقص تقاصاً سقطت الشفعة، لكن إذا صار الثمن أقل حق له أخذ التفاوت من المشتري، وإن صار أكثر لزم عليه إعطاء بقية الثمن له، كما هو مقتضى التقاص في كل موارده والتي منها هذا المورد.

((لو وقف المشتري حصته))

الخامسة: لو وقف المشتري ومات وأخذ الشفيع بالشفعة، فالظاهر أن الثمن يكون وقفاً، لأنه مقتضى الارتكاز« فيشترى به مثل المال المذكور ويجعل وقفاً على الشرائط السابقة، إذ لا فرق بين هذه المسألة وبين ما ذكروه من بطلان الوقف بجهة من الجهات، حيث إن مقتضى قوله (عليه السلام): «الوقوف على حسب ما وقفها أهلها»[1]، أن الثمن يكون حاله حال المثمن، ويكون الكلام فيما إذا زاد الثمن عن مثل الموقوف أو نقص كما ذكروه هناك أيضاً.

ومنه يظهر حال ما ؛ذا جعله المشتري ثلثاً أو أوصى به لإنسان أو نذر عليه أو ما أشبه، فإن الارتكاز جار في الجميع.

((الجهل والنسيان عذر في الشفعة))

السادسة: قال المحقق القمي: (الظاهر أن الجهل بأخذ الشفعة أو بالفورية من الأعذار لو لم يقصر في أصل المسألة، بأن كان غافلاً عن احتمال أن يكون هناك حكم و لم يقصر في عدم التحصيل، واستدل لذلك بعموم أدلة معذورية الجاهل[2]، وعدم انصراف أدلة الشفعة إلى جاهل غافل.

وفيه: إن استثناءه (لو لم يقصر في أصل المسألة) إلخ غير ظاهر، لإطلاق دليل العذر كما تقدم، بل

---

(١) الوسائل: ج١٣ ص٢٩٥ الباب ٢ من الوقوف والصدقات.

(٢) الوسائل: ج١٣ ص٢٩٥ الباب ٢ من الوقوف والصدقات.

وكذلك حال النسيان إذا صدر عن غير المبالاة كما هو الغالب، والمستفاد من الآية الكريمة: ﴿ربنا لا تؤاخذنا إن نسينا أو أخطأنا﴾[1]، فإن النسيان القاهر لا يحتاج إلى الدعاء، لأن الله سبحانه لا يؤاخذ من غلب عليه النسيان حتى لم يتمكن من التحفظ، فإنه ﴿لا يكلف الله نفساً إلاّ وسعها﴾، وكذلك حديث الرسول (صلى الله عليه وآله) الدال على رفع التسع[2]، أما ﴿ما لا طاقة لنا به﴾ فالمراد الطاقة العرفية لا الطاقة التي يستحيل على الإنسان، ولذا لا يصح الدعاء بأنه لا تؤاخذنا بعدم طيراننا مثلاً أو ما أشبه من المحالات.

((لو اشترى ما فيه الشفعة وما ليست فيه))

السابعة: لو اشترى شيئين أحدهما فيه الشفعة كالأرض، والثاني ما ليس فيه الشفعة كالسيف مثلاً، فإن للشفيع الحق في الأخذ بالشفعة بالنسبة إلى ما فيه الشفعة لإطلاق أدلتها، وليس للمشتري خيار تبعض الصفقة، لأن التبعض حصل بعد العقد لا قبله، وأدلة الخيار ظاهرة في التبعض المقارن للعقد كما ذكره المحقق القمي وغيره.

((لو اختلف المشتري والورثة))

الثامنة: قال في القواعد: (لو قال أحد الوارثين للمشتري: شراؤك باطل، وقال الآخر: صحيح، فالشفعة بأجمعها للمعترف بالصحة، وكذا لو قال: إنما اتهبته أوورثته، وقال الآخر: اشتريته.

وقال في مفتاح الكرامة: (كما نص على الأمرين في المبسوط وغيره، قالوا: لأنه اعترف في الموضعين بأنه لا شفعة له).

أقول: مقتضى القاعدة أن لا تكون الشفعة بأجمعها للمعترف بالصحة، لما تقدم من أنه لا وجه له، بل الظاهر أن كل واحد يرث حصته لا حصته وحصة

(١) سورة البقرة: الآية ٢٨٦.

(٢) الخصال: ج٢ ص٤١٧ ح٩.

غيره، وعليه فإذا أخذ أحدهما بحصته كان للمشتري خيار تبعض الصفقة بأن يبطل الشفعة ويسترجع من الشفيع ما أخذه، لأن دليل الشفعة ظاهر في أخذ الجميع أو ترك الجميع لا أخذ البعض فقط، فيكون أخذ البعض مراعىً بقبول المشتري ورفع يده عن خيار تبعض الصفقة عليه.

خاتمة

((في بعض مآسي المسلمين))

قال في مفتاح الكرامة عند تمام كتاب الشفعة:

قد تم بلطف الله عز وجل وبركة آل الله (صلى الله عليهم) ليلة الخميس الثامنة والعشرين من شهر ربيع الثاني سنة ألف ومائتين وثلاث وعشرين.

وفي هذه السنة جاء الخارجي الذي اسمه (سعود) في جمادى الآخرة من نجد بما يقرب من عشرين ألف مقاتل أو أزيد، فجاءتنا النذر بأنه يريد أن يدهمنا في النجف الأشرف غفلة، فتحذرنا منه وخرجنا جميعاً إلى سور البلد، فأتانا ليلاً فرآنا على حذر قد أحطنا بالسور بالبنادق والأطواب، فمضى إلى الحلة فرآهم كذلك، ثم مضى إلى مشهد الحسين (عليه السلام) على حين غفلة نهاراً، فحاصرهم حصاراً شديداً فثبتوا له خلف السور، وقتل منهم وقتلوا منه، ورجع خائباً، ثم عاث في العراق فقتل من قتل، وبقينا مدة تاركين البحث والنظر على خوف منه ووجل، ولا حول ولا قوة إلاّ بالله العلي العظيم.

وقد استولى على مكة شرفها الله تعالى، والمدينة المنورة، وقد تعلل الحاج ثلاث سنين، وما ندري ماذا يكون، ولاحول ولا قوة إلاّ بالله) انتهى.

أقول رحم الله السيد العاملي، فإن كان حياً لرأى أن آل سعود استولوا

على مكة المكرمة والمدينة المنورة، وهدموا البقاع الشريفة في البقيع وغيرها، كما هدموا البقاع المتبركة في مكة المكرمة.

وقد تم (كتاب الشفعة) بلطف الله عز وجل وبركة آل الله (صلى الله عليهم أجمعين)، ليلة الاثنين السابع من شهر رجب المرجب من سنة ألف وأربعمائة وأربع من الهجرة.

وفي هذه السنوات ــ التي أخرجنا نحن من العراق ظلماً بسبب حزب البعث، إلى الكويت، وبعد ذلك ضغط علينا حتى خرجنا من الكويت إلى قم المشرفة ــ البلاد الإسلامية كلها موزعة ومبضعة ومجزئة ولا أحد ينقذها من هذا التبعض، وقد قال رسول الله (صلى الله عليه وآله): «إنما مثل المؤمنين في توادهم وتحاببهم كالجسد الواحد إذا اشتكى عضو اشتكت له سائر الأعضاء بالسهر والحمى»[1].

بينما لا نرى من ذلك الأثر المطلوب، فقد جزئت البلاد بحدود مزيفة مصطنعة، كما أخذت القوميات تجزؤ المسلمين، وقد تُركت الآيتان المقدستان المباركتان:

حيث قال سبحانه: ﴿وإن هذه أمتكم أمة واحدة﴾[2].

وقال تعالى: ﴿إنما المؤمنون أخوة﴾[3].

فلا ترى الأخوة الإسلامية، وإنما العراقي في إيران أجنبي، والإيراني في العراق أجنبي، وكلاهما في مصر أجنبي، والمصري فيهما أجنبي وهكذا، والغريب في الأمر أن الكثير من المسلمين هم بأنفسهم يسيرون في هذا المسير الذي أحدثه لهم الكافر المستعمر من الخارج، والقوانين وضعت على خلاف

---

(١) الكافي: ج٢ ص١٦٦ باب أخوة المؤمنين بعضهم لبعض ح٤.

(٢) سورة المؤمنون: الآية ٥٢.

(٣) سورة الحجرات: الآية ١٠.

الكتاب والسنة، وفي كثير من البلاد الربا والزنا والقمار والضرائب التي لم يترل الله بها من سلطان، والحدود المصطنعة والجمارك المحظورة شرعاً، وسائر القوانين أيضاً مبدلة ومغيرة إلاّ ما شذ في بعض المدن بالنسبة إلى بعض القوانين،

ونار الحرب مستعمرة في البلاد الإسلامية، فأفغانستان احتلها الروس وفيها حرب ضارية قتل فيها إلى الآن ــ حسب التقادير ــ أكثر من مليون مسلم، وشرد أكثر من خمس ملايين من المسلمين، والسجون ممتلئة بما يقرب المليون، كما يخبرنا الثقاة والصحف والجرائد والمجلات والإذاعات وغيرها، وهذا بعد ما استحل الروس سائر بلاد الإسلام، والتي كانت بعضها جزءاً من إيران في الزمان السابق كأرمنستان وتاجيكستان وتركمنستان وآذربايجان وقرقيزستان وقازقستان، بما فيها من البلاد الوسيعة الفسيحة والمدارس والمؤسسات، وقد هدموا المدارس والمساجد والحسينيات وسائر محلات العبادة وأذاقوا المسلمين الذل والهوان.

كما أن لبنان اغتصبها المسيحيون، وفلسطين اغتصبتها اليهود، ونار الحرب مشتعلة في مصر وسوريا والأردن ولبنان.

وكذلك الحرب قائمة على قدم وساق في الحدود الإيرانية العراقية، وقد ذهبت ضحيتها في أربع سنوات أكثر من مليون قتيل وجريح ومعاق.

كما أن الحرب قائمة في كردستان الإيرانية العراقية بين الإيرانيين والعراقيين والأكراد.

وكذلك الحرب قائمة على قدم وساق في بلاد إرتريا، وفي بلاد مورو، وفي غيرها.

وهذه الدول المجزئة تجزئتها، وهذه القوانين المستوردة لا شك في أنها حالة اصطناعية فرضها الكفار الغربيون والشرقيون على الأمة الإسلامية.

والأخوة الإسلامية شأن من شؤون الأمة لا يحق لأي من الدول الكبرى أو من الدول الصغرى أو الأفراد تفتيتها، فإنها فريضة عظيمة كالصلاة والزكاة وغيرهما، فإن الدولة الإسلامية الكبرى التي أسسها الرسول (صلى الله عليه وآله)، ثم تبعه علي (عليه الصلاة والسلام) سببت لبقاء المسلمين على إسلامهم ودينهم.

أما إذا ساد فيهم التفرقة، فإن الكافر المستعمر يسيطر عليهم بما يذهب دينهم ودنياهم كما حدث في الحال، وإن من حق المسلمين أن يهتموا لتحرير بلادهم وتوحيدها والتجنب عن أعمال الكفار الذين أمر الله سبحانه وتعالى بالابتعاد عنهم، فقال سبحانه: ﴿يا أيها الذين آمنوا لا تتخذوا اليهود والنصارى أولياء بعضهم أولياء بعض ومن يتولهم منكم فإنه منهم﴾[1].

وقال تعالى: ﴿لا يتخذ المؤمنون الكافرين أولياء من دون المؤمنين، ومن يفعل ذلك فليس من الله في شيء﴾[2].

ومن الواضح أنه يتقهقر الكفار إلى الخلف منذ دخلوا البلاد الإسلامية، بل غيروا دينهم وأساموهم الخسف وبقيت سمة العنف وإدامته حاضرة باستمرار، ولم تتوقف أنهار من الدماء الإسلامية التي أجروها، ولا التشريد الذي صنعوه في البلاد الإسلامية، كما شردوا أكثر من ثلاثة ملايين من المسلمين الذي كانوا في العراق إلى إيران وباكستان والخليج وسوريا ولبنان وغيرها، ولم يتوقف

(١) سورة المائدة: الآية ٥١.

(٢) سورة آل عمران: الآية ٢٨.

الضغط من الكفار على المسلمين سواء منهم الشرقيون أو الغربيون بصورة مباشرة أو غير مباشرة، فقد دخل الكفار إلى هذه الديار بالضغط والقوة وجزئوها وفرضوا قوانين على البلاد ومخططات كافرة لإذلال المسلمين بالقوة والقهر والبطش، ولم يرحلوا عنها، وإن رحلوا عن بعضها صورياً عسكرياً، فإنهم باقون فيها فكرياً واقتصادياً وسياسياً وغيرها.

وقد صنعوا العملاء في أكثر بلاد الإسلام أو كلها في أغلب الحالات، ولما أن رحلوا عن بعض البلاد صورياً لم يرحلوا إلاّ بعد أن أسالوا فيها الدماء، وفرضوا الاتفاقيات التي تسمح لهم ببقاء القواعد العسكرية أو بعودة قواتهم مهما أرادوا وأساطيلهم لم تبرح البحار الإسلامية والمحيطات المطلة على الشواطئ.

وقد أقاموا في قلب البلاد الإسلامية في الشرق الأوسط دولة اسرائيل باعتبارها القاعدة العسكرية الدائمة، وأوكلوا إليها جزءاً كبيراً من ممارسة العنف وإدامته لحساب الغرب والشرق تارة، ونيابة عنهما تارة أخرى، ولحسابهما المشترك في أغلب الحالات، فانسحبت القوى الغربية والشرقية في خط النار الثاني بعد أن تصدر الجيش الإسرائيلي خط النار الأول منذ خمسين سنة تقريباً، حين دخل إسرائيل هذه البلاد عنوة، وبالأخص منذ ستة وثلاثين سنة منذ أعلنت إسرائيل دولتها الغاصبة، ولا تتردد الدول الكافرة من دخول البلاد الإسلامية عنوة وعلناً حيث ما يرون أن مصالحهم تضعف في هذه البلاد ويأخذ الوعي الإسلامى يتصاعد.

كما حدث في (مصر) من قبل القوات الفرنسية البريطانية الإسرائيلية في عام ألف وثلاثمائة وست وسبعين.

وفي (لبنان) من قبل القوات الأمريكية.

وفي(الأردن) من قبل القوات البريطانية في عام ألف وثلاثمائة وثمان وسبعين.

وكما يحدث الآن في (لبنان) و(سيناء) من قبل القوات الأمريكية والمتعددة الجنسيات.

كما أن الاجتياح السوفيتي لأفغانستان في عام ألف وأربعمائة هجرية يؤكد أن مرحلة اجتياح الديار الإسلامية بالجيوش والسيطرة عليها بالعنوة والعنف لم تذهب مع اقتراب القرن العشرين (م) من نهاياته، وأن مسألة الأمم المتحدة وغيرها ليست إلاّ لأجلهم، لا لأجلنا نحن المسلمين، وكذلك منظمات حقوق الإنسان وغيرها من الأساليب الماكرة.

نسأل الله سبحانه وتعالى إنقاذ الأمة بفضله وببركة محمد وآله الطاهرين، ولا حول ولا قوة إلاّ بالله العلي العظيم، وإنا لله وإنا إليه راجعون، وسيعلم الذين ظلموا أي منقلب ينقلبون، والعاقبة للمتقين.

اللهم إنا نرغب إليك في دولة كريمة تعز بها الإسلام وأهله، وتذل بها النفاق وأهله، وتجعلنا فيها من الدعاة إلى طاعتك، والقادة إلى سبيلك، وترزقنا بها كرامة الدنيا والآخرة.

اللهم ما عرّفتنا من الحق فحملناه، وما قصرنا عنه فبلغناه.

اللهم عجل في فرج وليك وسهّل مخرجه، واجعلنا من أنصاره وأعوانه.

والحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على محمد وآله الطاهرين.

سبحان ربك رب العزة عما يصفون، وسلام على المرسلين، والحمد لله رب العالمين.

٧ / رجب / ١٤٠٤هـ

محمد بن المهدي الحسيني الشيرازي

المحتويات

فصل

١٢٣ ــ ١٥٦

فصل

في كيفية الأخذ بالشفعة

١٥٧ ــ ٣٧٦

فصل

في مسائل مختلفة

٤٦١ ـ ٤٦٦